



Instituto Brasiliense de Direito Público
IDP

KARINNE FONTENELE SAMPAIO

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA OMISSÃO
LEGISLATIVA E SEUS ASPECTOS CONTEMPORÂNEOS:
A (im)possibilidade de diálogo entre o CN e o STF**

Brasília
2017

KARINNE FONTENELE SAMPAIO

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA OMISSÃO
LEGISLATIVA E SEUS ASPECTOS CONTEMPORÂNEOS:
A (im)possibilidade de diálogo entre o CN e o STF**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-graduação *stricto sensu* “Constituição e Sociedade” do Instituto Brasiliense de Direito Público, como quesito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Dr. Gilmar Ferreira Mendes

Brasília

2017

S192c

Sampaio, Karinne Fontenele.

O controle de constitucionalidade da omissão legislativa e seus aspectos contemporâneos: a (im)possibilidade de diálogo entre o CN e o STF / Karinne Fontenele Sampaio. – Brasília: IDP, 2017.

140f.

Dissertação (pós-graduação stricto sensu): Instituto Brasiliense de Direito Público, 2017.

Orientação: Prof. Dr. Gilmar Ferreira Mendes.

1. Omissão legislativa. 2. Controle de Constitucionalidade. 3. Diálogo institucional. I. Título

CDU – 342.02:40.322

CDD – 342

KARINNE FONTENELE SAMPAIO

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA OMISSÃO
LEGISLATIVA E SEUS ASPECTOS CONTEMPORÂNEOS:
A (im)possibilidade de diálogo entre o CN e o STF**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação *stricto sensu* “Constituição e Sociedade”
do Instituto Brasiliense de Direito Público, como quesito parcial para a obtenção do título de
Mestre em Direito.

Data da Aprovação: 15 de março de 2017.

Banca Examinadora:

Professor Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior

Professor Dr. Sérgio Antônio Ferreira Victor

Professor Dr. Gilmar Ferreira Mendes
Orientador

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Regina (*in memoriam*) e Thales, os quais em mim enraizaram valores fundamentais que guio minha caminhada.

Ao meu marido, Thiago, minha força e inspiração.

AGRADECIMENTOS

Ao corpo docente do Instituto Brasiliense de Direito Público, em especial ao orientador Ministro Gilmar Mendes e ao coorientador Sérgio Antônio Ferreira Victor, pelo apoio e confiança no tema aqui desenvolvido.

Aos professores Alvaro Ciarlini, Fábio Quintas, Júlia Ximenes e Paulo Gonet pelos exemplos de perseverança, sucesso e humildade. Acima de tudo, pelo incrível conhecimento transmitido.

Aos mestrandos companheiros de jornada, em especial, Alessandra Damian, Hugo Passos, Paula Mendonça e Soraia Plachi, pelos momentos de aprendizado e crescimento compartilhados.

Ao meu marido, Thiago, por todo o incentivo nos momentos de dificuldades, pela compreensão nos momentos de ausência, pela ajuda acadêmica e pelo apoio emocional. Por se fazer sempre presente e apoiar meus projetos e sonhos. Para você, meu coração hoje e sempre.

Ao meu cúmplice, pai, mãe e amigo, Thales, por me incentivar e proporcionar o cumprimento de mais essa etapa, sem o qual nada seria possível. A você, meu pai, agradeço imensamente por, mais uma vez, ser meu incentivador, meu conselheiro, meu instigador e minha calma. Sem você não digo que não seria nada, mas nada seria como tudo é. Meu amor, por você, sempre maior.

“Nossos interesses e ideais permanecem pregados à cruz de nossas estruturas. Não podemos realizar nossos interesses e ideais mais plenamente, nem defini-los mais profundamente, até que aprendamos a refazer e reimaginar nossas estruturas mais livremente. A história não nos dará essa liberdade. Devemos conquistá-la no aqui e agora do detalhe jurídico, do constrangimento econômico e das preocupações que anestesiaram. Não a conquistaremos se continuarmos a professar uma ciência da sociedade que reduz o possível ao real e um discurso sobre o direito que unge o poder com piedade. É verdade que não podemos ser visionários até nos tornarmos realistas. É verdade também que para nos tornarmos realistas devemos nos transformar em visionários”.

Roberto Mangabeira Unger

RESUMO

O presente estudo objetiva examinar de maneira geral o controle de constitucionalidade da omissão legislativa. Para tanto, o controle entre poderes será exposto em breve abordagem histórica, indo ao encontro do controle judicial da omissão inconstitucional. Posteriormente, o princípio da separação de poderes será examinado, perpassando por seus contornos clássicos até os atuais. Diante de conceitos necessários previamente esclarecidos, analisar-se-ão, com base em pesquisas jurisprudenciais, a posição adotada pela Suprema Corte brasileira nos julgamentos dos instrumentos processuais relacionados à omissão legislativa, bem como as ações do Congresso Nacional tendentes a sanar a inércia. Assim, dar-se-á uma melhor compreensão acerca do enfoque principal abordado nesse trabalho: a possibilidade de diálogo institucional, analisando, preliminarmente, suas premissas e seus critérios estruturais.

PALAVRAS-CHAVE: Omissão Legislativa; Controle de Constitucionalidade; Diálogo Institucional.

ABSTRACT

The present study aims to examine in general the control of constitutionality of legislative omission. To do so, the control between powers will be exposed in a brief historical approach, going against the judicial control of the unconstitutional omission. Subsequently, the principle of separation of powers will be examined, going through its classic contours to the present. Faced with necessary concepts previously clarified, the position adopted by the Brazilian Supreme Court in the judgments of the procedural instruments related to the legislative omission, as well as the actions of the National Congress in order to remedy the inertia, will be analyzed, based on jurisprudential research. Thus, a better understanding of the main approach addressed in this work will be possible: the possibility of institutional dialogue, analyzing, preliminarily, its premises and its structural criteria.

KEYWORDS: Legislative omission; Judicial Review; Institutional Dialogue.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. O CONTROLE JUDICIAL DE OMISSÕES LEGISLATIVAS.....	14
1.1 O controle entre os Poderes governamentais – breves considerações	14
1.2 Um Estado de Direito e Democrático.....	19
1.2.1 A força normativa da Constituição	21
1.3 O sistema de controle judicial de constitucionalidade no Brasil	24
1.4 Aspectos normativos relevantes no controle de constitucionalidade da omissão ...	26
1.4.1 De volta à norma.....	26
1.4.2 Complexidade do sistema e contingência normativa	27
1.4.3 A classificação da norma e o problema da eficácia.....	29
1.5 A caracterização da omissão legislativa	32
1.6 Instrumentos judiciais de controle da omissão legislativa	37
1.6.1 A ação direta de inconstitucionalidade por omissão	37
1.6.2 O mandado de injunção	39
1.6.2.1 A decisão judicial e seus efeitos no provimento do MI.....	40
1.6.2.2 A regulamentação tardia.....	43
1.7 Técnicas de controle judicial de omissões no direito comparado.....	45
1.7.1 O controle judicial da omissão legislativa na Alemanha.....	45
1.7.2 O controle judicial da omissão legislativa na Itália	46
1.7.3 O controle judicial da omissão legislativa na Espanha	48
1.7.4 O controle judicial da omissão legislativa em Portugal	48
1.7.5 O controle judicial da omissão legislativa nos Estados Unidos	49
1.7.6 O controle judicial da omissão legislativa na Argentina	51
1.8 A omissão inconstitucional e sua relação com a função promocional do Estado e do direito	52
1.9 A omissão inconstitucional e a vinculação do legislador ao texto constitucional ...	55
2. A SEPARAÇÃO DE PODERES NO CENÁRIO DA OMISSÃO LEGISLATIVA.....	58
2.1 Montesquieu e a Teoria da Separação de Poderes	58
2.2. A Separação de Poderes Pós Constituinte.....	61
2.3 A separação de poderes e os limites judiciais no controle da omissão.....	63
2.3.1 O STF e os limites na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão	64
2.3.2 O STF e os limites no Mandado de Injunção	68
2.4 A separação de poderes e a possibilidade do controle judicial das omissões legislativas	78
2.4.1 O ativismo judicial e a (in) determinação de seus elementos caracterizadores.....	86
3. O DIÁLOGO NO CONTROLE DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL	90
3.1 O controle judicial da omissão legislativa e as (re)ações do Congresso Nacional ..	90
3.2 O que é o diálogo?.....	95
3.3 As qualidades do diálogo.....	97
3.4 O diálogo na democracia.....	99
3.5 O sistema canadense e a cláusula não obstante: diálogo?.....	101

3.6 A (im)possibilidade de diálogo entre o Legislativo e o Judiciário brasileiros.....	111
3.6.1 A razão comunicativa habermasiana	111
3.6.2 Um diagnóstico inicial.....	112
CONCLUSÃO	115
REFERÊNCIAS	117
ANEXOS	125

INTRODUÇÃO

As ideias de direitos fundamentais e Constituição são interligadas visceralmente desde a segunda metade do século XVIII, uma vez que estão imbuídas da noção de limitação ao poder estatal. Conforme ensina Ingo Wolfgang Sarlet

[...] a Constituição (e, nesse sentido o Estado Constitucional), na medida em que pressupõe uma atuação juridicamente programada e controlada dos órgãos estatais, constitui condição de existência das liberdades fundamentais, de tal sorte que os direitos fundamentais somente poderão aspirar eficácia no âmbito de um autêntico Estado constitucional. (SARLET, 2010)

A evolução histórica do constitucionalismo recaiu na atual ideia de neoconstitucionalismo, também chamado de constitucionalismo pós-moderno, no qual os esforços estão voltados para a materialização e estabilidade da Constituição, visando atender os anseios garantidores dos direitos e garantias fundamentais e consolidar o Estado constitucional de direito.

Um dos relevantes pontos que o constitucionalismo da pós-modernidade também traz à baila é a necessidade de harmonização entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, a fim de que sejam interdependentes e pugnem pelo equilíbrio e manutenção do Estado Democrático. (FERNANDES, 2014)

No Brasil, a trajetória histórica de lutas pelo reconhecimento dos direitos fundamentais alcançou, com a Constituição da República de 1988, o surgimento de um novo olhar, através do qual os direitos fundamentais alcançaram um inédito patamar de proteção.

Não obstante as conquistas perpetradas na Carta Magna, o atual contexto político e jurídico brasileiro é de crise dos e entre os poderes, culminando em debates sobre a extrapolação dos limites constitucionais circunscritos a cada poder da União, motivo este encenador de crescentes análises acerca do controle judicial de constitucionalidade das leis.

Em virtude da evolução da eficácia negativa dos direitos fundamentais para agregarem também uma dimensão positiva, atualmente é prevalente a concepção de que a inércia legislativa também caracteriza uma afronta aos direitos dotados de fundamentalidade pela Carta Magna.

Neste trabalho será abordada a omissão legislativa e o seu controle por meio do Supremo Tribunal Federal, especificamente para a concretização de direitos fundamentais obstados em virtude da ausência de normas regulamentadoras. Analisar-se-ão, também, os instrumentos de controle da omissão inconstitucional (Ação direta de inconstitucionalidade

por omissão e Mandado de injunção) e as teorias existentes quanto aos limites das decisões em suas análises proferidas pela mais alta corte de nosso país, o Supremo Tribunal Federal.

A inércia continuada do poder legiferante em variados casos, desconsiderando comandos constitucionais expressos somados à inúmeras decisões judiciais que declaram as omissões como inconstitucionais, ocasionou uma mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal na direção de um papel mais ativo na concretização dos direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais, colocando em voga a discussão sobre o princípio da separação dos poderes e seus limites.

Diante da atuação do poder judiciário no controle da omissão legislativa, buscar-se-á, por meio do presente trabalho, analisar as decisões judiciais que têm por finalidade a concretização do direito, da liberdade ou da prerrogativa garantida pela norma constitucional de eficácia limitada.

Doutra sorte, as ações legislativas ou reações às decisões do STF para regulamentar direitos, quanto ocorrem, tramitam por décadas e raros são os casos em que se transformam em norma legal. A tramitação de proposições tendentes a suprir a omissão tem o condão de descaracterizá-la? Essa é uma das indagações que serão aqui respondidas.

Inicialmente, abordar-se-á o controle de constitucionalidade com foco no controle da omissão legislativa, nas formas e nos instrumentos de controle, perpassando por uma abordagem do direito comparado, a fim de proporcionar um conhecimento mais amplo sobre a matéria.

Posteriormente, serão tecidas algumas ponderações acerca do desenvolvimento da teoria clássica da separação de poderes enquanto instrumento de contenção de abusos de poder para a garantia da liberdade. Fundamentada em pesquisa jurisprudencial, serão examinadas as principais decisões da Corte Constitucional brasileira proferidas no controle da omissão legislativa.

No terceiro e último capítulo, serão, a princípio, verificadas as (re)ações do Congresso Nacional no controle judicial das omissões legislativas, baseadas em pesquisas quantitativas.

A questão cerne colocada é: as manifestações legislativas, sejam na tentativa ou na efetiva regulamentação da norma, podem ser consideradas como diálogos entre o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal? Por outro lado, as decisões judiciais reveladoras de uma ação positiva da Corte, mas que observam os sinais legislativos a respeito da temática abordada é considerada uma decisão deferente e, portanto, estabelece um diálogo entre os poderes?

Inicialmente todos são incutidos de algum posicionamento prévio a esse respeito. Ocorre que, em verdade, a indagação essencial que deve ser feita de antemão é: o que é diálogo?

A partir das respostas aqui propostas, serão expostas as premissas e características essenciais do que pode ser compreendido como diálogo, com o intuito de proporcionar a avaliação da existência ou não de diálogo entre os poderes judiciário e legislativo.

Constituição, poderes governamentais, crise, omissão legislativa, controle judicial, hierarquia, limites, harmonia, interdependência, atuação conjunta, eficácia da Constituição, direitos fundamentais, diálogo institucional. Esse é o emaranhado de palavras na qual fundase o presente trabalho, na busca incessante de agregar conhecimento e proporcionar a reflexão acerca do constitucionalismo brasileiro.

1. O CONTROLE JUDICIAL DE OMISSÕES LEGISLATIVAS

1.1 O controle entre os Poderes governamentais – breves considerações

A origem do debate sobre o controle judicial de constitucionalidade perpassa diversos momentos históricos, sendo imprescindível uma breve contextualização.

Os séculos XVII e XVIII foram marcados pelo sistema político da monarquia absolutista, no qual a concentração de poderes era a marcante característica da soberania. A doutrina da soberania ligava o poder do governante à origem divina, atribuindo ao rei uma responsabilidade apenas com Deus e não com o povo¹. (BONAVIDES, 2015)

No entanto, ainda no século XVIII o desenvolvimento da economia trouxe consigo um sistema capitalista que tinha o enfoque na impessoalidade política em contraposição ao intervencionismo do rei. A partir de então, o rei, que se confundia com o Estado, perdera a sua legitimidade e o apelo à origem divina do poder já não conseguia se sustentar como uma justificativa plausível².

Era necessária uma justificativa temporal, secular, diversa da divindade, para embasar o poder do Estado. Neste compasso, o inglês Thomas Hobbes³ publicou em 1651 o livro “O Leviatã” buscando fundamentar a centralização de poder nas mãos de um sujeito soberano (Estado Absolutista), o qual seria suficientemente forte para que os seres humanos não imergissem no estado de natureza (GODOY, 2012).

Para ele, as paixões humanas, marcadas pela competição (ligada ao lucro), pela desconfiança (segurança) e pela glória (reputação), levavam o homem natural ao descontrole e, por isso, o Leviatã externava o conceito hobbemasiano de soberania absoluta, por meio da qual toda a força deveria ser outorgada a um homem ou assembleia de homens elevada ao Estado, de modo a reduzir as vontades a uma só vontade. (CASTELO BRANCO, 2013)

¹ Havia limitações implícitas que se relacionavam, por exemplo, à sucessão do trono, à disposição do tesouro real, ao respeito a certas prerrogativas dos súditos para que não se tornasse um tirano e justificasse eventuais manifestações contrárias. Os poderes eram absolutos no sentido de não prestar contas aos súditos e não no sentido de ser ilimitado.

² Jean Bodin (1530-1596), jurista francês e membro do Parlamento de Paris, foi o primeiro autor a sistematizar o tema soberania nas obras “*De la Republique*”, publicada em 1576, e “*Les Six Livres de la République*”, de 1583.

³ Thomas Hobbes (1588-1679), filósofo inglês, é considerado um dos teóricos políticos do absolutismo da Idade Moderna.

Posteriormente, John Locke⁴ escreveu o *Primeiro* e o *Segundo tratados sobre o Governo Civil*, publicados em 1689, tentando justificar o poder soberano. No entanto, Locke baseou-se na concepção de um Estado Liberal que garantisse os direitos naturais. O autor inglês aduzia que aos homens não deveriam ser atribuídos direitos absolutos e universais, devendo o Estado ser concebido para o aperfeiçoamento e para a garantia dos direitos básicos⁵. (JORGE, 2013)

Na concepção lockeana o poder soberano deixa de ser absoluto e passa a ser moderado, compartilhado entre o rei (executor das ordens) e o parlamento (feitor). Há neste cenário de supremacia compartilhada uma mudança na relação entre o Estado e o povo, pois ao parlamento é conferido o poder de elaborar as normas, ocupando posição de destaque na engenharia do poder institucional. (GODOY, 2012)

Mais de meio século depois, a França passou a ser o cenário de uma densificação das ideias apresentadas pelos autores britânicos, com a publicação, em 1748, da obra “Do espírito das leis”, escrita pelo filósofo Charles de Secondat, Baron de Montesquieu. A ideia geral apresentada na obra era de um sistema que preservasse as liberdades⁶ e contivesse os abusos de poder. (MONTESQUIEU, 2010)

O momento histórico de superação do absolutismo estatal exigia que a arquitetura política encontrasse limites⁷. No entanto, sendo soberano, onde o poder encontraria esses limites? A ideia de divisão de funções estatais surgiu, assim, da necessidade da contenção de poder, através da qual os poderes desconcentrados poderiam exercer controle mútuo sobre os atos dos demais, de modo a possibilitar uma garantia institucional para as liberdades⁸.

Nessa conjuntura de superação da arbitrariedade do Estado, a defesa da supremacia da lei e do parlamento eram os pontos centrais da organização estatal. As leis deveriam ser editadas pelo parlamento, representante supremo da vontade do povo, o que, por si só, as

⁴ Locke (1632-1704) procurava uma explicação de ordem temporal e se valeu da ideia inicial de Hobbes, apesar de não haver em seus livros qualquer referência nesse sentido.

⁵ As ideias de Locke foram postas na Declaração de Virgínia e foram adotadas como pontos centrais para o constitucionalismo.

⁶ Segundo Montesquieu, “ (...) nas democracias o povo parece fazer o que quer: mas a liberdade política não consiste em fazer o que se quer. Num Estado, ou seja, numa sociedade em que existem leis, a liberdade só pode consistir em podermos fazer o que devemos querer e em não sermos obrigados a fazer o que não devemos querer”. (2014, p. 167)

⁷ Jean Jaques Rousseau é outro nome de extrema importância. Em seu livro “O contrato social”, publicado em 1762, o autor abordou os aspectos de fundamentação de legitimidade do poder soberano. Para ele o povo é soberano, escolhe como vai viver livremente e pode mudar o que foi decidido a qualquer instante. No estado de natureza os homens eram livres, sabiam de seus limites e tendiam a respeitá-los, mas agiam em benefício próprio.

⁸ Locke foi o primeiro a falar em separação de poderes em filosofia política moderna, citando o poder executivo das gentes, o poder executivo do rei e o poder legislativo do parlamento.

conferia presunção absoluta de constitucionalidade desde o seu nascimento e refletia o respeito à própria liberdade.

Para Montesquieu, deveria haver um equilíbrio entre os poderes e para tanto, pugnava pela necessidade de fiscalização mútua entre Executivo e Legislativo para que houvesse a neutralização dos poderes e, conseqüentemente, um governo moderado. A concepção do Judiciário como um poder neutro e apenas julgador trouxe consigo a exaltação do princípio da legalidade, da imparcialidade e da segurança jurídica.

Esse modelo de controle mútuo entre os poderes influenciou já de início o Estado Americano e o Francês. Nos Estados Unidos, a Declaração de Direitos da Virgínia (1776) previu a tripartição de poderes, a qual foi também inserida na Constituição Americana de 1787. Já na França pós-revolução, a separação de poderes foi prevista na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e na Constituição Francesa (1791)⁹.

Apesar do ápice da arquitetura institucional de supremacia legislativa, os Estados Unidos encabeçaram uma importante inovação no desenho institucional governamental. O país instituiu um sistema no qual o poder judiciário era considerado órgão de mesmo grau hierárquico dos demais, cabendo-lhe, inclusive, controlar as leis e os atos do Legislativo e do Executivo por meio da revisão judicial.

Tal sistema provocou uma das maiores, senão a maior alteração no que diz respeito ao poder soberano: a soberania que antes era atribuída ao Parlamento foi transmitida para o poder constituinte originário, conferindo à Constituição uma força efetiva e vinculante.

Nesse passo, a lei é vista como expressão da vontade geral e como ideal de justiça. A concretização do Direito se dá com a Constituição, com a busca pela instituição de um governo não arbitrário, organizado por normas inalteráveis pela simples vontade do legislador e que, embasado na ideia de justiça, é também limitado pelo respeito aos direitos fundamentais. A lei é, portanto, a coordenadora das liberdades. Assim, o poder político pugna pela preservação da sociedade e é limitado pela Constituição. (FERREIRA FILHO, 2006)

Não obstante a atribuição recorrente do surgimento do controle de constitucionalidade ao sistema norte-americano, prevê-se que seu surgimento ocorreu há mais de 200 anos. No entanto, diante de sua indeterminabilidade, adota-se como marco inicial do

⁹ Por sua vez, o Brasil, durante governos republicanos, adotou de forma expressa a separação de poderes nas Constituições de 1891, 1934, 1964, 1967 e, por fim, na Carta Magna de 1988.

judicial review o caso estadunidense *Marbury v. Madison*¹⁰, julgado em 1803, quando a Suprema Corte norte-americana era presidida por John Marshall.

Vale mencionar as observações de Conrado Hubner Mendes a esse respeito:

[...] Como tudo na história, há precedentes muito relevantes deste evento. Mostram que a decisão não surgiu do vácuo, nem da cabeça de um homem só, que num lampejo teria inventado o instituto. Foi resultado de conflitos políticos e ideológicos peculiares que conduziram os Estados Unidos a forjar uma filosofia profundamente desconfiada do legislador e da regra da maioria¹¹. (...) (MENDES, 2008, p. 13)

O *judicial review* norte americano enquadra-se no modelo difuso, realizado em casos concretos que chegam aos tribunais superiores ou à Suprema Corte. Apenas em casos excepcionais podem os juízes de primeira instância controlar a constitucionalidade de determinada lei ou ato. Nesse sistema judicial o debate sobre a constitucionalidade da legislação surge apenas incidentalmente ao ser levantado por uma das partes do litígio concreto em tramitação judicial.

Ao lado da origem do controle de constitucionalidade em sua modalidade difusa, a outra vertente do controle de constitucionalidade tem sua origem atribuída ao austríaco Hans Kelsen que propôs um modelo concentrado de controle judicial das leis¹², posteriormente adotado pela maioria dos países da Europa.

Diferentemente do sistema vigente nos Estados Unidos, o jurista austríaco delineou a figura de um tribunal específico para a revisão judicial das leis¹³, chamado de Tribunal/Corte

¹⁰ Sobre o caso, indica-se a leitura de RHODES, Irwin S. *Marbury versus Madison Revisited*. University of Cincinnati Law Review, Vol. 33, p. 23-60, 1964. Disponível em:

http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ucinlr33&div=9&g_sent=1&collection=journals

¹¹ Acrescenta, ainda, o autor que “(...) Poder-se-iam dividir estes precedentes em quatro fases. Um primeiro precedente, mais remoto, ocorreu ainda na Inglaterra pré-Revolução Gloriosa, de 1688, que instituiu a supremacia do Parlamento. (...). Na América pós-Revolução de Independência, época de profundo ativismo das assembleias legislativas estaduais e de temor pelo despotismo majoritário, George Wythe, juiz da Suprema Corte de Virgínia declarou que um juiz poderia não aplicar uma lei contrária à Constituição. (...). Finalmente, já na fase dos Estados Unidos da América, podem-se identificar alguns casos em que a própria Suprema Corte cogitava a possibilidade de não aplicar uma lei, caso violasse a Constituição. (...)”. p. 14

¹²Sobre o assunto, convém transcrever a explicação de Virgílio Afonso da Silva: “No caso de controle de tipo europeu, a constituição austríaca nem mesmo foi a primeira a prevê-lo, tendo sido antecipada em alguns meses pela constituição da Tchecoslováquia. O próprio Kelsen sempre deixou claras as suas fontes inspiradoras, sobretudo uma obra pouco divulgada de George Jellinek, sugestivamente intitulada ‘Um tribunal constitucional para a Áustria’, publicada em 1885. Ainda no plano das ideias, um embrião daquilo que mais tarde tomou a forma de tribunal constitucional pode ser encontrado na tentativa de Sieyès de implantação de um *Fury Constitutionnaire*, rejeitada pela Assembleia Constituinte de 1795. A despeito desses – e de quaisquer outros – antecedentes, foi a obra de Marshall e Kelsen que perdurou no tempo”. p. 199.

¹³ A prática anterior à Constituição de 1920 previa o controle de constitucionalidade pelas cortes austríacas apenas quanto à publicação das leis e decretos e de forma irrestrita, ou seja, por qualquer juiz de qualquer instância, assemelhando-se, neste ponto, ao controle estadunidense. (KELSEN, 2013)

Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*)¹⁴. Kelsen participou ativamente da elaboração da Constituição austríaca de 1920/30¹⁵, ocupando o cargo de juiz do Tribunal Constitucional da Áustria entre os anos de 1921 e 1930. (SILVA, 2009)

Antecessoras imediatas da Constituição austríaca, as Constituições do México de 1917 e da Alemanha de 1919 (Constituição de Weimar) já expressavam a necessidade de um sistema fundamental garantidor de direitos fundamentais, individuais e sociais, e compartilhavam a visão de uma Constituição como expressão das necessidades e exigências sociais. (MORAES, 2013)

Note-se que mais de um século se passou entre o nascimento norte-americano do controle judicial de constitucionalidade e do controle austríaco. Como forma de garantia da constitucionalidade, a Constituição austríaca previa tanto a responsabilidade pessoal do órgão que promulgou a norma quanto do órgão que deixou de aplicá-la. Neste estudo, no entanto, referir-se-á apenas ao caso de inaplicabilidade da norma.

Divergindo do entendimento norte-americano, e aqui jaz a inovação que lhe conferiu o título de criador do controle de constitucionalidade europeu, Kelsen propôs a criação de tribunal específico destinado a analisar a constitucionalidade das leis e decretos sob o argumento de que dessa maneira seria mais fácil ocorrer o efeito vinculante da decisão que declara a incompatibilidade da lei ou ato com a Constituição.

No que tange à extensão da legitimidade de o Judiciário declarar a inconstitucionalidade da legislação, o autor afirma que:

A desvantagem dessa solução consiste no fato de que os diferentes órgãos aplicadores da lei podem ter opiniões diferentes com respeito à constitucionalidade de uma lei e que, portanto, um órgão pode aplicar a lei por considerá-la constitucional, enquanto outro lhe negará aplicação com base na sua inconstitucionalidade. A ausência de uma decisão sobre a questão de constitucionalidade de uma lei [...] é uma grande ameaça à autoridade da própria Constituição. (KELSEN, 2013, p. 303)

A Corte Constitucional não integra o Judiciário, mas atua de maneira judicialiforme, dizendo o direito e aplicando a Constituição, possibilitando a caracterização de um processo jurisdicional, diante de sua larga função de criticar as leis quando se confrontam com a Constituição e afirmar a nulidade de atos contrários à Carta.

As inovações trazidas por um novo delineamento do constitucionalismo encontraram fortes resistências, fato que parece ser inerente a tudo o que se enquadra como inovador,

¹⁴ Para maior conhecimento acerca das ponderações de Kelsen, indica-se a leitura de sua obra “Jurisdição Constitucional”, publicada originalmente no jornal *Neue Frere Presse*, em 1929.

¹⁵ A Constituição austríaca entrou em vigor em 1º e outubro de 1920, mas sua publicação no jornal oficial ocorreu apenas em 1º de janeiro de 1930.

sobretudo na jurisdição constitucional. Dalmo de Abreu Dallari aduz que “(...) só depois da Segunda Guerra Mundial se generalizou o reconhecimento da necessidade, para a paz e a estabilidade social, de uma Constituição como sistema normativo superior, garantida por uma jurisdição constitucional”. (MORAES, 2013, p. xiv)

Durante a vigência da Constituição de Weimar de 1919, o distanciamento entre a democracia representativa e a vontade popular, bem como o desrespeito dos direitos do homem, ficaram evidentes e lançaram a preocupação latente de uma atuação indevida escondida sob o manto de uma atuação legalmente válida.

Após as décadas do totalitarismo alemão, a noção de uma jurisdição constitucional que pudesse atuar da defesa da vontade das minorias e controlar as emanções de vontade do poder legislativo ganhou força e espaço dentro da hermenêutica jurídica. A necessidade de um Estado de Direito que proclamasse a Constituição como instrumento fundamental normativo que sintetiza os valores fundamentais sociais sob o ideal democrático foi reafirmada e ganhou força com o fim da Segunda Guerra.

Proclamada três anos após a pacificação, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 trouxe crenças esperançosas para uma sociedade baseada na justiça, na liberdade e na igualdade. Os compromissos constitucionais inspirados nos ideais sociais democráticos conferiram novos contornos à jurisdição constitucional, a qual passou a figurar como garantidora do próprio Estado de Direito.

Os preceitos fundamentais da Declaração Universal dos Direitos Humanos foram sucessivamente inseridos na Lei Fundamental alemã de 1949, a qual trouxe a figura do *judicial review* e adotou, com adaptações ao sistema alemão, o modelo kelseniano de controle de constitucionalidade. (MORAES, 2013).

A partir de então, os tribunais ocuparam posição central no controle dos atos dos poderes públicos a fim de zelar por sua compatibilidade com a Constituição e pela defesa dos direitos fundamentais. (MORAES, 2013)

1.2 Um Estado de Direito e Democrático

O liberalismo político, como sugere a própria origem conceitual, está ligado à palavra “livre”, associada, pois, à liberdade. Fundada nos ideais de liberdade e igualdade, essa filosofia política culminou na instituição do Estado de Direito como resposta ao clamor pela aplicação da igualdade perante a lei, inalcançável pelos arbítrios de um soberano. (SOUZA NETO, 2006)

A adoção de uma Lei magna tradutora dos valores sociais fundamentais, limitadora do poder do governante e protetora de direitos e garantias fundamentais reverbera a teoria do constitucionalismo, segundo a qual o indivíduo é supremo e como tal, portador e direitos e merecedor da proteção do Estado contra eventuais manifestações, inclusive dele próprio, tendenciosas a violá-los¹⁶. (SIMÃO, 2015)

Dessa forma, segundo observa Gilberto Bercovici, a limitação do poder do governante o reduz “à categoria de órgão do Estado, portanto, órgão regido constitucionalmente”. Por outro lado, a Constituição também evita “os extremos do poder (...) da soberania popular (o povo passa a ser visto como um dos elementos do Estado)”. (2004, p. 5)

A teoria do constitucionalismo teve destaque ao longo do século XIX, mas as Constituições delineadas consolidavam tão somente os regimes liberais do Estado de Direito, não se enquadrando, ainda, como democráticas. (BERCOVICI, 2004)

Apesar da democracia ter sido posta e debate desde o séc. XVIII, os ideais democráticos ganharam vozes mais impostadas e contornos mais precisos apenas no século XX. Foi com a Constituição de Weimar que se iniciou a conjugação do constitucionalismo com a democracia, ou, como assevera Bercovici (2004), a sua tentativa. Isso porque, conquanto o modelo democrático representativo vigente, a aplicação extrema do positivismo jurídico ressaltada durante a vigência da Constituição alemã de 1919 evidenciou o poder de um governante que, pautado em uma atuação legal, derespitava direitos básicos do homem.

Hans Kelsen pondera que:

Democracia é a palavra de ordem que, nos séculos XIX e XX, domina quase universalmente os espíritos; mas, exatamente por isso, ela perde, como qualquer palavra de ordem, o sentido que lhe seria próprio. Para acompanhar a moda política, acredita-se usar a noção de democracia – da qual se abusou mais do que de qualquer outra noção política – para todas as finalidades possíveis e em todas as possíveis ocasiões, tanto que ela assume os dignificados mais diversos, muitos deles bastante contrastantes, quando a degrada deveras a frase convencional que não mais exige sentido determinado. (2000, p. 25)

No pós-guerra, a força do socialismo levou a revisitação da democracia e das maneiras de sua aplicação e interpretação. Apesar de terem traçado caminhos que levaram ao

¹⁶ Calil Simão aduz que “muito embora constatemos que, durante toda a evolução histórica, inúmeros foram os regramentos, somente com a Revolução Francesa em 1789 o constitucionalismo se difundiu para o mundo todo. Os EUA e a França foram os primeiros países a reunirem disposições normativas em um único documento solene e democrático, denominado Constituição. Entre as várias espécies de normas fundamentais temos a Constituição. Podemos definir Constituição como o regramento do Estado e da sociedade com características próprias, ou seja: a) normas que estabelecem direitos aos cidadãos; b) normas que limitam o poder do governante; e c) normas elaboradas segundo pressupostos democráticos”. (2015, p. 29)

movimento socialista em oposição ao democrático¹⁷, foi a partir do socialismo pós-guerra que a democracia ocupou lugar em importantes debates. (KELSEN, 2000)

Na concepção kelseniana de democracia, “dois institutos primordiais do seu social” ou “dois postulados da nossa razão prática”, devem ser satisfeitos: a liberdade e a igualdade. A liberdade liga-se intrinsecamente à igualdade na medida em que se somos iguais, não devemos ter nossa liberdade restrita por outrem ou pela vontade de outrem. (KELSEN, 2000, p. 27)

Por sua vez, Rousseau define a democracia como o governo da maioria, o Estado fundado na vontade geral, revelando a soberania do povo. A Constituição é o instrumento que expressa essa soberania e traduz o exercício do papel autolegislativo do povo a fim de criar um texto basilar que normatiza preceitos políticos, sociais e econômicos fundamentais. (GODOY, 2012)

Atualmente, atrelada à concepção de um Estado de Direito está a concepção de um Estado democrático. O Estado democrático pugna pelo distanciamento da concentração de poderes em um estado autoritário em defesa de um regime no qual haja espaço para que povo detenha o poder de escolha de seus governantes (faceta representativa) e, ainda, no qual os cidadãos possam participar da tomada de decisões políticas (faceta participativa). (GODOY, 2012)

1.2.1 A força normativa da Constituição

O primeiro fator para que a jurisdição constitucional comece a enfrentar problemas antes não imagináveis é a evolução do constitucionalismo que gerou a inclusão na Carta Magna de inúmeros conceitos que não são estritamente jurídicos, mas sim de origem filosófica e política, revelando uma Constituição repleta de valores morais e princípios que não são unívocos e que requerem aplicabilidade imediata.

¹⁷ Referindo-se a democracia, interessante a transcrição das observações de Kelsen, que aduz que “(...) a revolução social, consequência da Guerra Mundial, impele à revisão também desse valor político. Considere-se o grande movimento político que, até então, tendia, com a máxima energia e o máximo sucesso, à realização de uma democracia que, em conjunto com o socialismo – como justamente mostra o nome do partido que dirige esse movimento –, representa a metade da sua essência espiritual. Esse movimento se detém, ou melhor, cinde-se exatamente no momento em que se trata de realizar não só os princípios do socialismo mas também – e principalmente – os da democracia. Enquanto uma fração, de início titubeante e bastante indecisa mas depois decidida, segue a tendência de outrora, a outra fração, de forma impetuosa e igualmente decidida, dirige-se para uma nova meta que se revela, espontânea e abertamente, como uma forma de autocracia. Mas não é somente a ditadura do proletariado (...) que se insurge contra o ideal da democracia. A forte pressão exercida por esse movimento do proletariado sobre o espírito e a política da Europa leva a burguesia a assumir também, por reação, uma atitude antidemocrática. Essa reação encontra expressão teórica e prática no fascismo italiano”. (2000, p. 25-26)

Calil Simão atenta para o fato de que para que a Carta fundamental seja denominada modernamente como uma Constituição, o seu fundamento democrático é elemento imprescindível, posto que, caso contrário, estaríamos diante apenas de uma Carta Constitucional. O autor observa que:

As Cartas Constitucionais são documentos impostos ou outorgados, isto é, elaborados sem participação popular, como, por exemplo, os regramentos do Estado brasileiro de 1824, 1937 e 1967. Estas Cartas podem até deixar transparecer um ideal de justiça social (proclamação de direitos do cidadão), mas, mesmo assim, não são tecnicamente Constituições, diante da ausência de participação popular em sua elaboração. (2015, p. 31)

O reconhecimento da força normativa da Constituição como norma jurídica fundamental é pressuposto básico do Estado Direito. Aqui enquadram-se duas questões primordiais: a supremacia da constituição e a sua salvaguarda. (MORAES, 2013)

A supremacia da norma constitucional requer um sistema escalonado de ordem que atribui maior força à Constituição e confere validade às demais normas que estejam com ela em harmonia e aos direitos dotados de fundamentalidade.

Os direitos qualificados como fundamentais pela Lei maior possuem natureza principiológica, ou seja, são considerados princípios basilares do Estado Democrático de Direito. Essa faceta principiológica revela a dupla função dos direitos fundamentais, qual seja, limitar o poder do Estado e servir como norteador de suas ações. (MENDES; BRANCO, 2015)

Convém destacar que os princípios são normas de cunho subjetivo, de ordem marcadamente histórica, que impõem uma ação da maneira mais proveitosa e de acordo com o contexto fático e jurídico existente. Dessa forma, os princípios são considerados mandados de otimização, pois são “*normas que ordenan que algo sea realizado em la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas e reales existentes*”. (ALEXY, 2007, p. 86)

Sendo assim, como bases no ordenamento jurídico, os direitos fundamentais orientam as transformações da jurisdição constitucional ocorridas com o federalismo republicano pós-constituente, de acordo com as quais o poder judiciário exerce fortemente o papel de guardião da Constituição, assegurando e determinando a aplicação de leis que protejam os direitos individuais de quaisquer violações, conservando, dessa maneira, os motivos pelos quais foi instituído.

Ao considerar a Constituição uma norma magna, tem-se que a sua observância deve ser obrigatória e de caráter geral. Pressupõe-se que suas normas sejam eficazes e efetivas, e daí advém a necessidade de que os atos que compõem o sistema judicial sejam analisados. Tal

papel cabe, pois, ao órgão eleito como seu guardião, por meio de mecanismos judiciais de controle previstos também no texto constitucional. (MORAES, 2013)

Os debates acerca das formas de controle mais (in)adequadas ganharam maior dimensão com o austríaco Hans Kelsen e o alemão Carl Schmitt, entre os anos 1920 e 1940. Enquanto Kelsen defendia que a guarda da Constituição deveria ser concedida ao Tribunal Constitucional, Schmitt argumentava que deveria ser do Presidente do Reich, pois atribuía ao Chefe de Estado a legitimidade através da eleição popular.

Fato é que os debates sobre esse tema são infundáveis e incluem, constantemente, novos instigadores.

Países que adotam o controle fraco de constitucionalidade (*weak-form judicial review*) admitem o controle judicial das leis e atos normativos de uma forma menos invasiva, com pouca intervenção do poder judiciário nos atos emanados dos demais poderes. Não há, portanto, espaço para se ventilar a hipótese de supremacia judicial. (WALDRON, 2006)

O jurista e professor norte-americano Jeremy Waldron¹⁸ é um dos principais opositores ao controle forte de constitucionalidade das leis. Sua crítica é baseada em dois argumentos principais: na ilegitimidade democrática do controle judicial e no descrédito que confere à tese de que por meio dele os direitos são melhores ou mais protegidos¹⁹.

Na forma forte de controle de constitucionalidade os tribunais têm autoridade para recusar a aplicação de uma norma à um caso particular, ainda que haja previsão expressa de aplicação. Além disso, podem modificar o efeito da lei para adequá-la aos direitos individuais ou estabelecer como questão de direito a não aplicação de uma lei ou norma.

Tanto o controle feito por tribunais comuns quanto o realizado por um tribunal constitucional são alvos de críticas do jurista. Para ele, quando realizado por tribunais comuns, os juízes são altamente influenciados por argumentos morais; e nos casos de controle pelo tribunal constitucional, os juízes se preocupam com o desenvolvimento de suas próprias doutrinas e precedentes. (WALDRON, 2006)

¹⁸ Professor de direito da Universidade de Columbia e da Universidade de Nova York. Apesar de já ter abordado o assunto diversas outras vezes, Waldron justifica o novo trabalho em “*The core of the case against judicial review*” ao dizer que pretende identificar o argumento central da crítica ao controle de constitucionalidade, independentemente das questões históricas, dos efeitos das decisões (se bons ou ruins) e da forma dos juízes efetuarem o controle (se deferente ou ativista).

¹⁹ Waldron afirma que, ao privilegiar a votação por maioria entre um pequeno número de juízes, o controle judicial revoga o direito de voto dos cidadãos e deixa de lado os princípios da representação e da igualdade política. A crítica sobre a ilegitimidade política democrática foi abordada também por Alexander Bickel, em seu livro “*The Least Dangerous Branch*” (1986), o qual resumiu essa questão na chamada “dificuldade contramajoritária”. Para ele, essa dificuldade pode ser mitigada mostrando que os procedimentos legislativos em vigor não representam propriamente a maioria. No entanto, o autor afirma que nada pode alterar a realidade essencial que o controle judicial é uma instituição desviante da democracia americana.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal se considera uma Corte Constitucional, uma vez que, além da função precípua de resolver a lide, é também o guardião da Constituição. Assim, ainda que a arguição de inconstitucionalidade não tenha que ser analisada para resolver a causa, o Tribunal pode e deve enfrentá-la em virtude da guarda da constituição. Mesmo no controle incidental o STF realiza um controle abstrato sob o argumento constitucional de guardião da constituição.

Em sistemas rígidos, como o sistema brasileiro, a supremacia da norma fundamental alcança todos os atos dos poderes legislativo e executivo que sejam com ela incompatíveis, devendo ser controlados pelo poder judiciário.

Daí surge a ideia do controle de constitucionalidade como um “sistema de complementariedade entre Democracia e o Estado de Direito” (MORAES, 2013, p. 42), mediante o qual se possibilite a preservação da norma fundamental reveladora da soberania popular e da vontade geral.

1.3 O sistema de controle judicial de constitucionalidade no Brasil

Dentre as Constituições brasileiras, foi a 1ª Constituição da República, de 1891, a primeira também a prever o controle judicial de constitucionalidade das leis. Inspirada no modelo de controle norte-americano, a Constituição trouxe a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade, exercido de forma incidental.

Posteriormente, o Estado Social de Direito trouxe consigo a primeira constituição social brasileira. Inspirada na Constituição de Weimar de 1919, a Constituição de 1934 instituiu uma série de novidades no âmbito do controle de constitucionalidade²⁰, ocupando posição de destaque a criação da chamada Representação Interventiva, por intermédio da qual a eficácia de uma lei interventiva, de iniciativa do Senado, ficava condicionada a declaração de sua constitucionalidade pelo STF²¹.

²⁰ Foi mantido o sistema judicial incidental difuso, mas passou a exigir a cláusula de reserva de plenário (regra que exige que os Tribunais só podem declarar a inconstitucionalidade de lei pelo voto da maioria absoluta de seus membros), zelando pela segurança jurídica. Ademais, foi criada também a possibilidade de o Senado suspender a execução de lei ou ato declarados inconstitucionais pelo Judiciário, conferindo efeito *erga omnes* à decisão judicial, previsão que existe até hoje na CF art. 52, X. (MENDES, BRANCO, 2015)

²¹ A representação interventiva era confiada ao PGR nas hipóteses de ofensa aos princípios constitucionais sensíveis, previstos no artigo 7º, *in verbis*: Art 7º - Compete privativamente aos Estados: I - decretar a Constituição e as leis por que se devam reger, respeitados os seguintes princípios: a) forma republicana representativa; b) independência e coordenação de poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada aos mesmos prazos dos cargos federais correspondentes, e proibida a reeleição de Governadores e Prefeitos para o período imediato; d) autonomia dos Municípios; e) garantias do Poder Judiciário e do Ministério Público locais; f) prestação de contas da Administração; g) possibilidade de reforma constitucional e competência do Poder Legislativo para decretá-la; h) representação das profissões.

A representação interventiva é considerada o embrião do controle concentrado de constitucionalidade²², mas foi apenas em 1946, com a Constituição da Nova República, que foram a ela conferidos novos contornos. A partir de então, a Intervenção Federal não seria feita por lei e sim após o julgamento por parte do STF da inconstitucionalidade da lei ou ato do Estado membro.

Imperiosa a menção à emenda constitucional nº 16 de 1965 que criou o controle concentrado/abstrato de constitucionalidade, mediante a instituição da representação de inconstitucionalidade de lei federal ou estadual, proposta pelo Procurador Geral da República e julgada pelo STF²³.

Atualmente em vigor, a Constituição Cidadã de 1988, promulgada após mais de 20 anos de ditadura militar no Brasil, trouxe importantes inovações no sistema de controle de constitucionalidade, de modo que podemos afirmar que o Brasil possui um dos mais singulares sistemas de controle de constitucionalidade do mundo.

As maiores inovações vieram no controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que, além da manutenção da Representação Interventiva (destinada a aferição da compatibilidade de direito estadual com os princípios sensíveis – 34, VII, 36, III e §1º), foram criadas duas ações em sede de controle concentrado²⁴: a Ação Direta de Inconstitucionalidade (incluindo nesta seara a Ação Declaratória de Constitucionalidade e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental²⁵.

Ademais, a legitimação que era exclusiva do PGR teve seu rol ampliado²⁶ com a promulgação da nova Constituição, culminando no término das discussões a respeito do monopólio do PGR para atuar em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

²² Na Constituição de 1934 foi apresentada proposta de instituição de um tribunal especial, dotado de competência para apreciar questões constitucionais, semelhante à Corte Constitucional kelseniana.

²³ Havia proposta para atribuir eficácia erga omnes à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF, sendo, no entanto, rejeitada.

²⁴ A CF de 1988 também permite que os estados membros organizem seu próprio sistema de controle de constitucionalidade, desde que respeitados os parâmetros da constituição federal. Uma outra inovação bastante importante veio com a EC 45/04 que instituiu a chamada Súmula Vinculante no ordenamento jurídico brasileiro.

²⁵ O controle concentrado foi ampliado, passando a abranger o direito pré-constitucional, as normas revogadas e o direito municipal.

²⁶ O rol de legitimados foi ampliado para sete e posteriormente para nove, com a Emenda Constituição nº 45/2004, conforme se verifica, *in verbis*: Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII

No âmbito do controle difuso de constitucionalidade, a novidade trazida pela Constituição foi o instrumento do Mandado de Injunção, através do qual foi criada a possibilidade de contestação e declaração das omissões normativas do legislador em sede de controle difuso.

Além do Mandado de Injunção destinado ao controle da omissão, há diversos meios de controle difuso de constitucionalidade por ação exercido incidentalmente, os quais carecerão de análise neste estudo por estarem à margem no objeto de análise aqui delimitado.

1.4 Aspectos normativos relevantes no controle de constitucionalidade da omissão

1.4.1 De volta à norma

O autor e filósofo político italiano Norberto Bobbio salienta que a norma jurídica pode ser submetida a três valorações que revelam três problemas do direito: justiça, validade e eficácia.

O autor afirma que a justiça é o problema deontológico do direito, pois retrata o problema entre o real e o ideal, analisando a realização dos fins sociais/valores do direito através da norma. “A pergunta se uma norma é ou não justa equivale a perguntar se é apta ou não a realizar esses valores”. (2001, p.46)

A validade é o problema ontológico do direito que, segundo Bobbio requer uma verificação racional sob três vertentes: a) se a autoridade de quem a norma emanou tinha legitimidade; b) se a norma não foi ab-rogada; e c) se não é incompatível com outras normas do sistema. Esses não os requisitos para verificar a existência da norma, atendo-se apenas ao plano objetivo.

Como problema fenomenológico do direito, Bobbio aponta a eficácia, enquadrando o problema de a norma ser observada pelos seus destinatários e impostas coercitivamente caso violadas. Este é, portanto, o problema que ocupa a omissão legislativa. Isso porque ao analisar a norma jurídica de eficácia limitada, verifica-se que o destinatário primário da norma é o poder legiferante, a quem é atribuído um dever-fazer: regulamentar o direito previsto. O indivíduo detentor do direito prescrito na norma vem apenas como destinatário secundário, pois a ele destina-se o conteúdo material, o qual lhe assegura direito, garantia ou prerrogativa.

Esses três problemas que envolvem a norma jurídica são independentes, pois: 1. Uma norma pode ser justa sem ser válida; 2. Pode ser válida sem ser justa; 3. Pode ser válida sem

- partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

ser eficaz; 4. Pode ser eficaz sem ser válida; 5. Pode ser justa sem ser eficaz; 6. Pode ser eficaz sem ser justa.

A terceira e a quinta proposições ocupam o cenário da omissão legislativa, em virtude de ambas tratarem de normas sem eficácia. Sendo assim, a norma que pode gerar uma situação de omissão inconstitucional pode ser válida e justa, mas não ser eficaz, e este é um dos aspectos sobre o qual funda-se a declaração de omissão.

Bobbio atenta, ainda, para o fato de que as teorias clássicas não analisam os problemas do direito citados por ele, recaindo em um reducionismo da norma jurídica. Para o autor, o direito natural reduz validade à justiça, pautada numa razão universal; o positivismo reduz justiça à validade; e o realismo jurídico reduz validade à eficácia.

1.4.2 Complexidade do sistema e contingência normativa

Na filosofia prática a ação justa era valorada pelo direito natural e sendo assim, a ação era um problema exclusivamente filosófico, no universo da ética e da política, não havendo para si um espaço epistemológico.

A estrutura normativa do direito natural é produzida em um processo analítico de dedução (se “p”, então “q”) e como fruto de um processo dedutivo, é, portanto, imutável, já que não é fruto de decisões e tampouco poderá transformar-se por futuras decisões. Eis aqui a norma não contingente, a norma de direito natural.

Essa norma de direito natural é não contingente porque o seu critério de validade é a imutabilidade, o que a torna “resistente no tempo e imune a escolhas”. A norma não é variável e não é falsificável, pois é fruto de uma razão universal obtida através de processo dedutivo, o qual lhe confere validade.

Apesar do direito natural nos trazer a ideia de razão única e universal que não deixa espaço para a incerteza, Di Giorgi cita o momento de desagregação, no qual a sociedade burguesa rompe a razão única e universal e descompõe a ação, diferenciando-a em diversos sistemas. Houve a fragmentação da sociedade e da razão universal com a complexidade que o sistema social alcançou. (DI GIORGI, 2010)

O sistema social é uma complexa estrutura de desagregação, as quais são controladas através de um sistema de abstrações composto por seleções dentro de um universo do possível, estruturando um sistema formal autônomo.

O universo dessas abstrações é o direito positivo. No sistema de direito positivo as formas de ação são isoladas e fixadas como válidas por meio de um processo de decisão, ou seja, escolhas que são variáveis.

A verdade deixa de ter, nesse sistema de abstrações, relação direta com a validade normativa. A norma é válida porque é produto de uma seleção dentro de um universo de possibilidades e por isso diz ser a norma contingente.

Contingência é a possibilidade do diferente, contínua potencialidade imanente de transformação, hipótese sobre o real, elisão da necessidade. É a incerteza, a dúvida, produto de diferenciação, da separação e da ruptura. O direito positivo é *esta contingência alçada no plano normativo*. (DI GIORGI, 2010, p. 18)

Também nesse sentido manifesta-se Kelsen quando afirma que “o direito positivo e sua validade hipotético-relativa é, essencialmente, um ordenamento mutável ao infinito que pode se adaptar a condições de câmbio no espaço e no tempo”. (2005, p. 403)

Para Luhmann é chamado direito positivo o direito que foi posto e que vale por uma decisão. Positividade do direito significa que qualquer conteúdo pode adquirir validade jurídica e, por força de uma decisão que confere validade ao direito pode ser revogada a qualquer momento. (1983)

A epistemologia jurídica deve se reestruturar uma vez que o direito é agora tido como uma forma de ação positivamente válida e não como forma de ação justa.

O interesse pela busca da verdade é substituído pelo interesse pela busca de soluções dos problemas conexos à produção desta forma e à sua legitimação. O problema da verdade não é mais colocado pelo direito positivo: não se trata mais de uma questão científica, mas, agora, ideológica. A verdade não é contingente, e a não contingência entendida como verdade normativa da razão não encontra espaço na epistemologia do direito positivo. (Di Giorgi, 2010, p. 19)

Bastante afeta à questão analisada nesse estudo, Neil MacCormick traz a seguinte indagação: “como decisões podem ser justificadas quando nenhuma argumentação dedutiva bastar para justificá-las?” (2006, p. 67)

Na argumentação dedutiva ou justificação por dedução, a lógica proposicional de “se ‘p’ então ‘q’” estabelece uma argumentação dedutiva válida estabelecida pela veracidade das premissas (premissa maior – atribuição de significado por autoridade; premissa menor – momento histórico – questão de conhecimento geral – processo legal da prova).

Ocorre que o que estar-se a tratar aqui encontra limites nos próprios limites da lógica dedutiva argumentativa. A argumentação prática e a argumentação jurídica como justificação são, de acordo com MacCormick, produtos da vontade e não apenas da justificação.

O autor cita diversos fatores limitadores da justificação dedutiva nos casos difíceis, quais sejam: premissa normativa, problema de interpretação, problema de persistência, problema de prova, problema de qualificação. Para superá-los, MacCormick propõe um requisito de universalidade a ser observado pelos tribunais: coerência e consistência de julgar novamente igual.

Luhmann, pensando em um conceito de positivação nos quais os dados devem ser positivos e controlados com o fim precípua de atingir a congruência, decifra o direito como um processo social de estabilização de expectativas a respeito de como devemos nos comportar e por meio do qual estamos devidamente controlados. Para Luhmann todo o sistema é referencialmente fechado, mas tem uma abertura cognitiva com o meio: o sistema aprende e seus agentes aprendem.

1.4.3 A classificação da norma e o problema da eficácia

À primeira vista pode parecer dispensável ou ao menos secundário a análise das normas quanto à sua classificação e sua eficácia jurídica/social. Pois bem, esses são, apesar do campo aparentemente simples em que se encontram, aspectos relevantes na análise da norma, visto que elementares no controle de constitucionalidade da omissão.

O plano inicial a ser analisado é o da existência. Quando se pode considerar que uma lei ou norma existe? A lei só poderá ser considerada existente com a promulgação e publicação em órgão oficial desde que o processo legislativo tenha sido integralmente cumprido. Assim, após as deliberações (com aprovação final), somada a sanção, a promulgação e a publicação, seguindo os requisitos procedimentais, a lei existirá no mundo fático-jurídico.

Quanto ao plano da validade normativa, tem-se que após considerada existente, a norma é presumidamente válida. Sendo assim, uma norma existente juridicamente goza de uma presunção de validade, de compatibilidade com a Constituição, não havendo de se falar em controle de constitucionalidade.

A adequação da norma aos preceitos constitucionais será analisada pelo Judiciário apenas nos casos em que houver provocação mediante os instrumentos processuais destinados a tal fim. Se for constatada a violação constitucional, a lei será considerada materialmente inconstitucional, enquanto que será formalmente inconstitucional se houver violação quanto ao processo legislativo.

Essa análise de constitucionalidade pode ocorrer tanto por meio do controle de constitucionalidade abstrato quanto do concreto, nos quais a decisão alcança diferentes

destinatários: no controle concreto o efeito da decisão é, em regra, restrito às partes envolvidas (*inter partes*), enquanto será aplicável a todos (*erga omnes*) no controle abstrato de constitucionalidade.

Em casos nos quais há a declaração de inconstitucionalidade, a norma é considerada nula e a decisão que assim entendeu terá, em regra, efeitos *ex tunc*, retroagindo ao momento em que a norma foi considerada existente no mundo fático-jurídico. Excepcionalmente, o Supremo Tribunal Federal poderá determinar a cessação dos efeitos apenas a partir da decisão de inconstitucionalidade ou outro momento futuro²⁷.

A complexidade da norma continua e avança para os planos da eficácia e efetividade, os principais a serem considerados nos casos da omissão legislativa.

A eficácia engloba duas vertentes: a eficácia jurídica e a eficácia social. Diz-se que a norma tem eficácia jurídica quando é capaz de produzir efeitos no mundo jurídico, ou seja, a lei existente e válida tem como exigível a conduta que proíbe ou prescreve.

Já a eficácia social é também, e preferencialmente, chamada de efetividade. A efetividade da norma traduz o fato da conduta por ela descrita ser socialmente observada e aplicada nos casos concretos. Luiz Roberto Barroso aduz que:

A efetividade significa [...] a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social. (1993, p. 79)

Em virtude da presunção de validade da norma, seus efeitos (eficácia) serão produzidos enquanto a norma não for declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Caso a norma seja declarada inconstitucional por meio do controle concentrado, deixará de produzir efeitos para todos, em virtude do caráter *erga omnes* da decisão da Corte.

No entanto, no controle difuso a decisão é, em regra, *inter partes*, deixando a norma de produzir efeitos apenas para as partes envolvidas. Nesse caso, a norma continuará sendo eficaz para terceiros não integrantes da relação processual, estando aberta ao Senado a possibilidade de suspender a eficácia da lei nos termos do art. 52, X, da Carta Magna²⁸.

²⁷ Lei nº 9.868/99, Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

²⁸ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Ainda no plano da eficácia, as normas dividem-se, de acordo com a classificação de José Afonso da Silva (2003) em normas de eficácia plena, contida e limitada.

As normas de eficácia plena são aquelas que produzem de imediato todos os seus efeitos, não havendo qualquer dependência de um elemento externo para a sua aplicação. Uma vez em vigor, a norma de eficácia plena é, portanto, autoaplicável.

As normas de eficácia contida também possuem uma eficácia plena, sendo autoaplicáveis. No entanto, o que as diferencia é que podem ter sua eficácia contida, seu âmbito de aplicação restrito por lei ordinária ou outros elementos jurídicos. Michel Temer adota a expressão normas constitucionais de eficácia redutível ou restringível para designá-las. (1996)

Por fim, as normas constitucionais de eficácia limitada são normas que não são autoaplicáveis em razão de dependerem de elemento externo que possibilite a execução de seus efeitos. Tais elementos externos são a complementação legislativa para que a norma seja aplicada, ou seja, tenha eficácia (eficácia social ou efetividade).

Tais normas têm apenas aplicabilidade mediata, uma vez que o constituinte não lhes conferiu densidade normativa suficiente para gerar efeitos de imediato, deixando a regulamentação da norma, em regra, a cargo do legislador ordinário.

As normas de eficácia limitada subdividem-se em normas de princípio institutivo e normas programáticas. As de princípio institutivo revelam um conteúdo organizativo, podendo ser qualificadas como normas impositivas (imputam ao legislador a obrigação de complementar a norma de eficácia limitada) e normas facultativas ou permissivas (apenas facultam ao legislador essa possibilidade).

Por seu turno, as normas programáticas são aquelas que preveem direitos de caráter socioeconômicos, como educação, saúde, alimentação, moradia, segurança e prescrevem a atuação do Estado para protegê-los, promovê-los, garanti-los e efetivá-los.

Luís Roberto Barroso acrescenta uma terceira subdivisão à classificação das normas de eficácia limitada elaborada por José Afonso da Silva: normas de direitos condicionados à regulamentação infraconstitucional. (1993)

Nesse rol podem estar as normas constitucionais que já trazem um direito em seu bojo, mas que têm sua eficácia limitada em virtude da dependência de uma legislação infraconstitucional que regulamente o direito previsto. O autor pondera que:

[...] Também aqui resulta frequentemente tormentosa a obtenção efetiva do bem jurídico tutelado, por isso que a ausência da regra integradora paralisa a operatividade do comando normativo maior. Remarque-se que a Constituição não delega ao legislador competência para conceder aqueles

direitos; concede-os ela própria. Ao órgão legislativo cabe, tão-somente, instrumentalizar sua realização, regulamentando-os. Faltando a esse dever, dá ensejo à inconstitucionalidade por omissão, disfunção para a qual a doutrina e o direito positivo vêm buscando soluções eficazes. (1993, p. 112)

Objeto de estudo nesse trabalho, a omissão legislativa tem lugar nas normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo, uma vez que o constituinte impõe ou faculta ao legislador e demais órgãos competentes a atuação a fim de conferir aplicabilidade à norma, mas os poderes ou órgãos permanecem inertes, caracterizando uma omissão passível de controle judicial.

Mais especificamente, abordar-se-á a omissão legislativa na hipótese da norma constitucional de eficácia limitada de princípio institutivo impositiva ou de direitos condicionados à regulamentação infraconstitucional.

1.5 A caracterização da omissão legislativa

O sistema judicial brasileiro admite que a Constituição possa ser violada tanto mediante ação quanto omissão, havendo expressa previsão de que as leis e os atos administrativos sejam analisados a fim de conferir se são compatíveis com os preceitos constitucionais.

Como é de se supor, a omissão ocorre quando não há ação. Se uma lei que viola um preceito constitucional deve ser objeto de controle judicial, parece ser razoável que um não fazer, quando a Constituição impõe esta obrigação (um dever de legislar/de regulamentar o direito, a liberdade ou a prerrogativa), seja igualmente considerado como violação ao texto magno.

Atualmente o país passa por uma crise de eficácia dos direitos fundamentais, culminando em diversas críticas no tocante a não atuação dos poderes públicos a fim de conferir efetividade aos direitos garantidos pela Carta Magna. Essa não atuação dos poderes públicos é caracterizada como omissão, mas nem sempre a omissão é inconstitucional.

Luiz Roberto Barroso afirma que são três as hipóteses de omissão inconstitucional: “a) a omissão do órgão legislativo em editar a lei integrativa do comando constitucional; b) a omissão dos poderes constituídos na prática de atos impostos pela Lei maior; c) a omissão do Poder Executivo caracterizada pela não expedição de regulamentos de execução das leis”. (1993, p. 157)

A inércia legislativa que antes era vista apenas como algo não realizado pelo poder público passou, com o Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, com o Estado promocional, a figurar em destaque como algo devido por norma fundamental e não

cumprido, desrespeitando os direitos, as liberdades e as prerrogativas assegurados pelo Constituinte originário.

As normas de eficácia limitada prescrevem um programa de ação estatal e são próprias de Constituições dirigentes, as quais preveem metas a serem perseguidas pelo Estado na seara econômica, cultural e social. (MENDES, BRANCO, 2015)

No entanto, as normas programáticas que estabelecem deveres estatais abstratamente como, por exemplo, direito à saúde, à segurança e à educação, não têm, de imediato, o condão de gerar situações inconstitucionais. Por outro lado, as situações inconstitucionais serão geradas na medida em que o poder legislativo descumprir uma ação a ele imposta concretamente por uma norma constitucional. (CANOTILHO, 1994)

Barroso sustenta que a norma de eficácia limitada não pode ser considerada norma programática, pois nestas o legislador prevê um fim, enquanto naquelas são assegurados direitos que dependem de regulamentação. Para o autor, não há como exigir uma prestação positiva no caso de normas programáticas, não significando dizer, com isso, que o seu não cumprimento não ofende a Constituição. (1993)

A norma de eficácia limitada traz expressamente um direito a ser garantido pelo Estado por intermédio de lei a ser editada pelo poder ou órgão competente. Esse direito constitucional exposto pela norma será objeto do controle judicial de constitucionalidade por omissão, sob o argumento da impossibilidade de seu exercício pela inércia legislativa ou administrativa. Tratar-se-á aqui apenas da hipótese da omissão legislativa, a qual será abordada em seguida.

Diante de um caso de omissão legislativa, a norma que poderá ser utilizada como parâmetro de controle de constitucionalidade é a norma constitucional de eficácia limitada, ou seja, que dependa de regulamentação ulterior para ser aplicada concretamente.

Cabe aqui uma indagação: não havendo lei que regule o direito, a liberdade ou a prerrogativa assegurada pela Constituição, seria a omissão legislativa uma lacuna normativa?

Ambas são expressões contrapostas ao ideal da completude do sistema normativo e em ambos os casos há um denominador comum: a ausência de lei. No entanto, diferenciam-se quanto à previsão específica de regulamentar um direito, imposta pela Constituição ao poder ou órgão competente: a especificidade se enquadra na hipótese de omissão do órgão legiferante, enquanto a mera ausência de lei é chamada de lacuna normativa.

Em regra, diz-se que há uma lacuna normativa quando não há nas disposições legais uma previsão que se adegue ao caso objeto de análise pelo Judiciário. Nesse caso não há uma

omissão legislativa, mas sim um vazio normativo, o qual deverá ser preenchido pelo juiz de acordo com a analogia, com os princípios gerais de direito e com os costumes.

No âmbito do direito constitucional, a discussão a respeito das lacunas normativas e da completude do sistema encontra maior complexidade. Em razão da abertura da dinâmica constitucional, a qual povoa a Carta Magna de normas propositalmente abstratas, programáticas e limitadas, há quem compartilhe a posição de que tais incompletudes não seriam enquadradas como lacunas normativas, pois denotam casos que foram propositalmente excluídos pelo constituinte. (PUCCINELLI JÚNIOR, 2007)

Outros enquadram as lacunas em três espécies²⁹: desejáveis pelo constituinte e colmatáveis pelo legislador (normas de eficácia limitada), desejadas pelo constituinte e não colmatáveis pelo legislador (silêncio eloquente), e não desejáveis pelo constituinte, colmatáveis mediante os mecanismos previstos na LINDB, art. 4º³⁰.

Apesar de não ocupar os debates como espécie de lacuna normativa, as normas de eficácia limitada enquadram-se como lacunas técnicas, pois foram propositalmente não regulamentadas pelo constituinte, deixando sua colmatação a cargo do legislador, o qual, se inerte, pode incurrir em uma omissão legislativa inconstitucional. (DINIZ, 1999)

Portanto, como lacuna normativa técnica, a omissão legislativa inconstitucional resta caracterizada quando o poder ou órgão legiferante permanece inerte diante de uma norma constitucional que a ele impõe o dever de legislar sobre determinado direito, liberdade ou prerrogativa. Ou seja, há uma omissão específica a respeito de uma determinação expressa da Carta fundamental destinada ao poder legiferante. (CANOTILHO, 1994)

Lilian Rosemary Weeks aduz que:

A inconstitucionalidade por omissão [...] encontra-se expressa na Constituição como um meio de garantir a aplicação da lei constitucional, dos direitos e garantias ali expressos que, no entanto, carecem de norma específica para permitir a sua inclusão no ordenamento jurídico de modo a dar eficácia do previsto abstratamente. (2003, p. 39)

Ressalte-se que a omissão pode restar caracterizada não somente nos casos que há o inadimplemento absoluto do dever de legislar imposto concretamente (omissão absoluta), mas também na hipótese da omissão parcial, na qual o legislador cumpre o dever constitucional de legislar, porém o faz de forma defeituosa. Na inércia parcial existe norma a ser impugnada, mas que se revela inadequada ou insatisfatória. Nesse caso, há uma lacuna axiológica.

²⁹ Clève, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrada da constitucionalidade no direito brasileiro. *apud* Puccinelli Júnior, 2007, p. 114.

³⁰ Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

A omissão legislativa parcial subdivide-se em propriamente dita, quando existe a lei, mas os direitos constitucionais não são viabilizados de maneira satisfatória; e em omissão parcial relativa, hipótese na qual a lei existe e é suficiente para viabilizar os direitos, porém não atinge a todos que se encontram na mesma situação.

Sendo assim, a omissão legislativa é também caracterizada quando o poder legislativo exerce sua atividade típica prescrita na norma de eficácia limitada, mas o faz de forma insatisfatória ou insuficiente.

Após tal constatação, incumbe ao poder judiciário, provocado mediante a interposição de ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou de mandado de injunção, analisar a omissão do poder ou órgão legiferante a fim de declarar sua inconstitucionalidade, denominada também de inconstitucionalidade negativa. (BAZÁN, 2014).

Ernani Fidélis dos Santos, citado por Eduardo Appio, partilha do entendimento que

[...] a ação direta de inconstitucionalidade e o mandado de injunção somente podem ser aplicados no tocante à omissão do legislador em regulamentar direitos já garantidos, com os do art. 10 da CF/88, excluindo-se os direitos fundados em “normas programáticas”, sob o argumento de que ‘se a lei também depende de regulamentação por lei complementar e ordinária, e o legislador não a elabora, está a fazer uso de seu arbítrio e não pecando por omissão’. (2003, p. 115-116, nr 237)

Appio, contudo, entende que Fidélis dos Santos

[...] equivoca-se na medida em que não considera o fato de que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi criada justamente para elidir os efeitos deletérios decorrentes da ausência de normas regulamentadoras no tocante aos direitos previstos nas ‘normas programáticas’, pena de ineficácia total dos direitos previstos, à falta de um instrumento jurídico que persuadissem o legislador a cumprir sua missão. (2003, p. 116, nr 237)

Ainda sobre esse ponto, a norma deve ser analisada sob dois enfoques primordiais: se a obrigação de fazer que a Constituição impõe – legislar – é exigida imediatamente ou se o órgão destinatário da obrigação pode exercê-la de acordo com critérios de oportunidade e discricionariedade?. (BIDART CAMPOS *apud* BAZÁN, 2015)³¹

Esse âmbito de discussão está repleto de divergências. A doutrina majoritária sustenta que nos casos em que a Constituição impõe especificamente o dever de legislar e

³¹ BIDART CAMPOS, Germán J., Manual de la Constitución reformada. Ediar, Buenos Aires: 1996.

efetivar o direito/liberdade/prerrogativa, a ação é exigida imediatamente, quedando-se excepcionadas apenas as imposições gerais e abstratas.

Contudo, há quem pondere que o legislador tem liberdade para decidir se permanecerá inerte, podendo ser considerada inconstitucional essa omissão apenas se dela derivarem situações jurídicas contrárias a Constituição³².

Outro ponto merecedor de destaque é se a *inertia deliberandi* pode caracterizar a omissão legislativa. Os processos de discussão e votação no âmbito das Casas Legislativas são, costumeiramente, bastante morosos e, por vezes, displicentes. Tal realidade gerou a discussão a respeito da possibilidade de caracterização de mora passível de controle da omissão em razão da tardança em deliberar um projeto de lei em tramitação. (MENDES; BRANCO, 2014)

A Suprema Corte brasileira entende que, desencadeado o processo legislativo, a princípio, não há de se cogitar a omissão inconstitucional do legislador. Diz-se a princípio porque as tramitações devem ser analisadas caso a caso, de acordo com a complexidade dos temas tratados. Gilmar Mendes pondera que “condutas negligentes ou manifestamente desidiosas das Casas podem gerar uma inércia passível de controle por meio de ADO”. (MENDES, 2014, p. 123)

Um exemplo de controle da inércia deliberativa ocorreu na ADI nº 3682 (Relator Min. Gilmar Mendes), julgada pelo Pleno da Corte em 9 de maio de 2007. O caso versava sobre o artigo 18, §4º, da CF/88 (EC nº 15/96), o qual aduz que “A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal”. Havia vários PL’s em curso no Congresso por mais de 10 anos a fim de regulamentar a matéria, sem qualquer desfecho. Segundo a Corte, o prazo desarrazoado deixava evidente a inatividade do legislador, razão pela qual o STF fixou prazo de 18 meses para o CN tomar as providências legislativas necessárias³³.

Fato é que a declaração judicial da inconstitucionalidade da omissão legislativa está atrelada a duas questões principais: a concretização da Carta fundamental pelo legislador e a eficácia das normas constitucionais. Ambas recaem sobre um ponto já abordado anteriormente: a força normativa da Constituição.

³² Assim sustenta o autor Ignacio Villaverde Menéndez, professor doutor da Universidade de Oviedo, Espanha, em seu livro *La inconstitucionalidad por omisión*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 35 e seguintes.

³³ Após a decisão do Supremo, houve a apresentação de seis PEC’s na Câmara dos Deputados a fim de regulamentar o §4º do art. 18 da CF/88. Cinco foram apresentadas ainda no ano de 2007, logo após a decisão judicial, sendo a principal delas a PEC nº 93/2007 que ainda se encontra em tramitação (última verificação: 15/03/2017). Além disso, foram apresentados nove projetos de lei complementar entre os anos de 2007 e 2014. PEC’s nºs: 56/2007, 57/2007, 70/2007, 84/2007, 93/2007 e 29/2011; PLP’s nºs 80/2007, 285/2008, 293/2008, 416/2008, 587/2010, 437/2014, 438/2014, 450/2014 e 455/2014.

1.6 Instrumentos judiciais de controle da omissão legislativa

Da narrativa exposta acima, depreende-se que a Constituição Cidadã de 1988 permeou o texto constitucional de diversos instrumentos capazes de instituir o controle judicial de constitucionalidade, próprio do sistema político democrático adotado.

Cuida-se aqui da especial análise dos instrumentos hábeis a realizar o controle das omissões do legislador tanto pela via concentrada quanto pela via difusa. Sendo assim, a explanação desse ponto restringir-se-á à ação direta de inconstitucionalidade por omissão e ao mandado de injunção.

1.6.1 A ação direta de inconstitucionalidade por omissão

Retoma-se, por oportuno, a criação da ação direta de inconstitucionalidade por omissão em 1988, a qual requer maior atenção. A Constituição Federal de 1988 instituiu em seu artigo 103, *caput*, as figuras da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e da ação direta de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), não fazendo menção expressa à ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO).

A omissão do legislador e a possibilidade de seu controle pela via judicial foi prevista apenas no § 2º do artigo 103 constitucional, o qual aduz que “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias (...)”. (1988)

Tem-se, portanto, que não houve a criação expressa do instrumento abstrato de controle da omissão, sendo a omissão legislativa analisada por meio da interposição de ação direta de inconstitucionalidade³⁴.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi regulamentada somente em outubro de 2009 por meio da Lei nº 12.063 que acrescentou à Lei nº 9.968/1999 o capítulo sobre a disciplina processual da ADO³⁵.

Aqui tratada como tal desde a promulgação da Carta Magna, a ADO é o instrumento destinado ao controle da omissão legislativa por via abstrata (não há lide), na modalidade concentrada (de competência do Supremo Tribunal Federal) e de caráter objetivo (discute-se a inviabilidade do direito de maneira geral, não envolvendo partes processuais tradicionais).

³⁴ Até outubro de 2008 o STF não distinguia a ADI e a ADO em classes processuais distintas, sendo a omissão analisada dentro da classe processual da ação direta de inconstitucionalidade. Apenas a partir de então, a Corte iniciou a distribuição das ações em classes distintas.

³⁵ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm

A finalidade da ADO é defender a Constituição contra omissões totais ou parciais que lhe diminuam a eficácia ou inviabilizem a concretização dos direitos constitucionalmente previstos, mediante a declaração judicial da mora do órgão legiferante e determinação da edição do ato necessário à concretização da Constituição, configurando um interesse público.

Saliente-se que a ADO tem lugar de destaque para se insurgir contra o inadimplemento do poder público ou órgão administrativo a qual incube, de maneira expressa, a viabilização de um determinado direito.

A Lei nº 9.868/1999 (alterada pela Lei nº 12.063/2009) traz a possibilidade de, em casos excepcionais, ser concedida medida liminar hábil a suspender a aplicação da lei questionada (omissão parcial) ou suspensão dos processos judiciais em curso que versem sobre a matéria trazida a contento através da ADO³⁶.

Quanto à decisão de análise meritória, a Carta Magna traz a seguinte disposição no §2º de seu artigo 103, *in verbis*: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”. Tal previsão também está presente no artigo 12-H da Lei nº 9.868/2009.

Permaneçamos na análise da omissão apenas por inatividade do poder legislativo. Da leitura da disposição constitucional, depreende-se que cabe ao STF apenas cientificar o órgão legiferante sobre a inconstitucionalidade gerada por sua inércia, o qual, por sua vez, deve adotar as medidas aptas a supri-la.

Admite-se em sede de ADO a modulação dos efeitos da decisão, uma vez que a Lei nº 9.869/2009 traz no §2º do artigo 12-H previsão de que aplicar-se-á à ADO as medidas referentes as decisões proferidas em sede de ADI e da ADC.

A partir da regulamentação da ADO trazida em 2009, o STF tem proferido decisões que vão além do cunho meramente declaratório, gerando uma das mais inquietantes discussões no cenário da jurisdição constitucional, futuramente aqui analisada.

³⁶ Art. 12-F. Em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, o Tribunal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, observado o disposto no art. 22, poderá conceder medida cautelar, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 (cinco) dias. § 1º A medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal.

1.6.2 O mandado de injunção

O mandado de injunção (MI) foi uma das grandes inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988, a qual traz no inciso LXXI do artigo 5º a seguinte previsão: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

A finalidade do MI é a mesma a qual dedica-se à ADO: defender a Constituição contra omissões totais ou parciais que lhe diminuam a eficácia ou inviabilizem a concretização dos direitos constitucionalmente previstos.

A diferença inicial entre os instrumentos revela-se na objetividade (ADO) ou subjetividade (MI) do processo, uma vez que a ADO visa à defesa da ordem jurídica e o MI à proteção de situações individuais.

Sendo assim, o mandado de injunção é o instrumento utilizado no controle difuso de constitucionalidade (competência do STF³⁷ ou STJ³⁸), exercido de maneira incidental, ou seja, no curso de um processo já em tramitação, no qual há tradicionalmente oposição entre as partes. Por opção metodológica, analisar-se-á nesse estudo apenas os mandados de injunção ajuizados no STF.

O primeiro mandado de injunção foi ajuizado no STF no dia 06 de outubro de 1988, um dia após a promulgação da Constituição Federal e no curto lapso dos dois meses seguintes foram ajuizados mais 66 (sessenta e seis) MI's.

No ano seguinte foram ajuizados 135 (cento e trinta e cinco) mandados de injunção totalizado ao final do ano de 1989, 202 (duzentos e dois) MI's ajuizados perante a Suprema Corte.

As discussões iniciais sobre o novo remédio constitucional foram marcadas pela sua auto aplicabilidade ou não, já que a Constituição previa sua existência, mas não havia lei que o regulamentasse. Em Questão de Ordem estabelecida no MI 107, ajuizado em 21/04/1989 e julgado em 23/11/1989, a Corte firmou entendimento de que o mandado de injunção é auto

³⁷ CF/88 - Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: (...) q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal; (...)

³⁸ CF/88 - Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: (...) h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal; (...)

executável, ainda que ausente norma regulamentadora, devendo a ele ser aplicável o procedimento do mandado de segurança.

1.6.2.1 A decisão judicial e seus efeitos no provimento do MI

Conforme já esclarecido, o mandado de injunção é cabível quando um direito não pode ser exercido em razão da ausência de norma que o regulamente. Sendo assim, o cabimento do instituto está ligado diretamente ao direito à norma, ou seja, ao direito de ter seu direito material regulamentado por uma norma legal.

O direito material obstado já se encontra expressamente assegurado pela Constituição Federal, aguardando, no entanto, regulamentação por intermédio do órgão legiferante. Teria o Supremo Tribunal a função apenas de declarar a inconstitucionalidade da omissão legislativa no tocante a regulamentação de determinado direito, mas não a função de lhe conferir concretude e viabilizar seu exercício. Tal conclusão, ao menos teoricamente, não requer maiores esforços e foi posição dominante na doutrina e jurisprudência ao longo dos primeiros anos pós-constituente.

Ocorre que, na prática da jurisdição constitucional, a natureza desse instrumento processual tem sido alvo de inúmeros questionamentos perante o Supremo Tribunal Federal. Teria o cidadão o direito à norma ou o direito ao direito?

Alguns fatores parecem ter contribuído para tanto: a inércia persistente do órgão legiferante, a ausência de mecanismos judiciais hábeis a provocar a ação saneadora da omissão, a função do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, o princípio da supremacia da Constituição, dentre outros.

Tais dilemas provocaram ao longo de vinte e oito anos de vigência da Constituição Federal de 1988 uma mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à função do mandado de injunção e os efeitos das decisões de provimento da ação.

Reside no alcance da decisão na injunção uma das maiores controvérsias no cenário da omissão. As decisões proferidas em sede de mandados de injunção possuem duas teorias principais formuladas a partir de seus efeitos: a teoria concretista e a teoria não concretista.

No MI nº 107/DF, já citado alhures, o Supremo estabeleceu os contornos da decisão proferida em sede de injunção, limitando seus efeitos apenas ao teor declaratório da inconstitucionalidade, com ciência e recomendação destinada ao poder competente para que adotasse as providências hábeis a sanar a omissão. Dessa forma, o tribunal restringiu o instrumento ao mesmo efeito conferido às decisões proferidas em sede de ADO, não obstante a diferença de subjetividade entre ambos, já que no MI o cidadão figura como parte

processual em razão de ser detentor do direito, da liberdade ou da prerrogativa obstada pela omissão.

Com tal feito, a Corte afastou o mandado de injunção do seu fim precípuo, qual seja, de funcionar como uma garantia para direitos, liberdades e prerrogativas inviabilizados por ausência de norma regulamentadora. O intuito da criação do mandado de injunção na assembleia constituinte era justamente de garantir ao particular uma ação na qual ele pudesse requerer o cumprimento da norma constitucional e, com isso, possibilitar o exercício de um direito que já lhe é assegurado. Ao assemelhar os efeitos das decisões em MI às decisões proferidas em sede de ADO, o MI perdeu força e, em certa medida, perdeu também sua razão de existir. (OLIVEIRA, In MENDES; VALE; QUINTAS, 2013).

De início, portanto, a construção formulada pelo Supremo Tribunal Federal previa apenas o caráter declaratório das decisões, enquadrando-se na tese não concretista. Ao adotar a tese não concretista o Judiciário não viabiliza o direito, a liberdade ou a prerrogativa, restringindo sua atuação em reconhecer a mora e cientificar o poder competente.

Sendo assim, a Corte não admitia que o direito constitucionalmente assegurado fosse concretizado pela via judicial, entendendo, conseqüentemente, que o mandado de injunção assegura o direito à norma, mas não o direito ao direito.

Eis o dilema causador de distúrbios: não obstante a declaração judicial de uma omissão legislativa inconstitucional, o poder competente permanecia inerte, prolongando a inconstitucionalidade e, conseqüentemente, inviabilizando o exercício de direitos constitucionalmente assegurados.

Atente-se para este fato: a Constituição já expôs, nas hipóteses albergadas pelo MI, bem como pela ADO, que o direito, a liberdade ou a prerrogativa existem, não encontrando qualquer espaço para discussão neste particular. O que inexiste é a regulamentação pelo poder competente para tanto, do direito (em sentido amplo) já assegurado.

A ação do Supremo Tribunal Federal, ao proferir decisão não concretista, não obteve a reação esperada e devida do poder legiferante, qual seja, iniciar os procedimentos para viabilizar o exercício de direitos obstados e fazer cessar a inconstitucionalidade declarada pela Corte.

A máxima de que “toda ação gera uma reação” também pode ser analisada sob o enfoque de que toda ação sem reação gera uma nova ação. Não se busca aqui o enfoque da terceira lei de Newton, segundo a qual a reação tem a mesma intensidade em sentido contrário. Nesse caso, espera-se uma reação convergente, dialógica.

Como nova ação, o Supremo Tribunal, em 1991, além de declarar a inconstitucionalidade da inércia legislativa, fixou prazo para a colmatação da lacuna, sob pena de garantir o direito ao prejudicado (MI nº 283/DF).

A nova característica da decisão pretoriana enquadra-se em teoria contraposta ao posicionamento não concretista. A tese, agora chamada de concretista, viabiliza por intermédio do Judiciário, o exercício do direito até que sobrevenha norma regulamentadora, podendo ser aplicada de duas maneiras: concretista geral, na qual a norma regulamentadora é elaborada pelo STF, com efeitos *erga omnes*; e concretista individual, através da qual o direito é viabilizado com efeito *inter partes*.

Esta última subdivide-se em concretista individual direta, de acordo com a qual o Judiciário deve implementar o direito de forma imediata; e concretista individual intermediária, segundo a qual a Corte deve reconhecer a mora e dar ciência ao poder competente para providências, fixando um prazo para a ação legiferante. Caso permaneça inerte, o Judiciário pode implementar o direito.

É possível verificar que a primeira decisão concretista da Corte foi individual intermediária. Apesar da decisão, o perfil decisório do tribunal se manteve com o posicionamento não concretista, apenas declarando a omissão e dando ciência ao órgão competente.

Fábio Lima Quintas aduz que “por ser uma ação constitucional de titularidade do cidadão para defender seu interesse subjetivo, avulta a finalidade de efetivar ou provocar a efetivação de direito, liberdade ou prerrogativa constitucional obstada pela ausência de regulamentação”. (2016, p. 272)

Ponto importante a ser analisado é o prazo estipulado pelo Supremo Tribunal para que o direito seja viabilizado. O descumprimento do prazo não gera consequências diretas ao órgão legiferante, iniciando-se apenas a possibilidade de o Judiciário implementar o direito em questão. Neste caso, a fixação de prazo também se revelou inapta a provocar reação do Legislativo.

A mudança crescente do posicionamento do Corte Suprema trouxe consigo questionamentos críticos, principalmente no que tange à possível violação do princípio da separação de poderes e também sobre a (i)legitimidade democrática da face governamental judicial para a implementação de um direito.

Em 2002 a jurisprudência do tribunal deu novos sinais de mudança. Em julgamento de mandado de injunção sobre o direito de greve dos servidores públicos (MI nº 631/MS), o

Ministro Carlos Velloso, vencido na discussão, aduziu que a norma geral sobre o direito de greve deveria ser estendida aos servidores públicos.

Anos depois, em 2006, novas discussões sobre o direito de greve dos servidores públicos marcaram as sessões plenárias do Supremo Tribunal Federal. Objetivando a revisão do posicionamento da Corte, os ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, relatores dos MI's nºs 670/ES e 712/PA respectivamente, propuseram, diante da omissão inconstitucional reiteradamente já declarada pela Corte, que as decisões fossem dotadas de efeitos normativos, a fim de possibilitar o exercício do direito de greve pelos servidores públicos.

O julgamento dos mandados de injunção ocorreu em 2007 e foi, sobremaneira, a partir de então, em virtude da teoria concretista geral adotada pela Corte, que as discussões se intensificaram a respeito do instituto e da necessidade de sua regulamentação.

1.6.2.2 A regulamentação tardia

Carente de regulamentação até junho de 2016, o mandado de injunção era regido pelas disposições aplicáveis ao mandado de segurança e as complexidades que abarcavam a possibilidade de concretização de um direito fundamental restringiam-se a uma construção da própria Corte Constitucional.

Havia no Congresso Nacional, desde 1989, projetos que visavam a regulamentação do instrumento processual. O último projeto de lei teve seu início em 2009 (PL 6.128), encaminhado após discussões sobre as decisões pretorianas a respeito do direito de greve iniciadas com o MI nº 631/MS, no ano de 2006, e aprofundadas nos MI's nºs 670/ES, 708/PB e 712/PA³⁹, em 2007.

O PL nº. 6.128/2009 é fruto de discussões dos representantes do Judiciário, sob a coordenação do então presidente do STF, Gilmar Ferreira Mendes, ocorridas durante o “II Pacto Republicano de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo”⁴⁰. (MENDES; VALE; QUINTAS, 2013)

Encaminhado pelos Ministros Gilmar Ferreira Mendes e Teori Zavascki, o Projeto de Lei nº. 6.128, proposto em 2009, visava a regulamentação da nova configuração do mandado de injunção. O principal ponto dizia respeito ao alcance da decisão proferida na procedência da injunção, propondo que fosse, em regra, *inter partes* e de caráter transitório, até que sobreviesse a norma regulamentadora. Excepcionalmente, o projeto pugnava pela eficácia

³⁹ A Corte proferiu decisão reconhecendo a omissão inconstitucional e determinando que o direito de greve fosse viabilizado aos servidores públicos mediante a lei aplicável aos empregados celetistas.

⁴⁰ O inteiro teor do Pacto, assinado em 13 de abril de 2009, pode ser conferido em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm

erga omnes da decisão quando o objeto fosse a tutela de direitos coletivos, como por exemplo, o direito de greve dos servidores públicos.

De autoria do deputado Flávio Dino (PCdoB/MA), o PL foi apresentado na Câmara dos Deputados em setembro de 2009⁴¹, aprovado no Plenário em março 2015 e em março de 2016 foi também aprovado em sessão plenária da Casa revisora.

Recentemente, precisamente em junho de 2016, o PL foi convertido na lei ordinária nº 13.300/2016, em vigor desde o dia 24 de junho de 2016. A redação inicial apresentada no PL nº. 6.128 não teve alterações substanciais⁴², assentando posicionamentos firmados ao longo dos anos nos precedentes do Supremo Tribunal Federal quanto à disciplina processual do MI, principalmente no que tange aos efeitos das decisões.

A problemática que cerca as decisões judiciais agora tem a seguinte regulamentação:

Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para:

I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora;

II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado.

Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I do caput quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma.

Art. 9º A decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora.

§ 1º Poderá ser conferida eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração.

§ 2º Transitada em julgado a decisão, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator.

(...)

Art. 11. A norma regulamentadora superveniente produzirá efeitos *ex nunc* em relação aos beneficiados por decisão transitada em julgado, salvo se a aplicação da norma editada lhes for mais favorável.

Art. 13. No mandado de injunção coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente às pessoas integrantes da coletividade, do grupo, da classe ou

⁴¹ No mês seguinte o PL 6.128 foi apensado ao PL 6.002/1990, ao qual também estavam apensos os PL's de nºs 3.153/00, 6.839/06, 998/88, 1.662/89 e 4.679/90. Recebido na CCJ em outro de 2009, o PL foi a julgamento na sessão plenária apenas em março de 2015. O intero teor pode ser conferido em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1314528&filename=Tramitacao-PL+6128/2009 . Remetido ao Senado Federal, o PL 6128/2009 passou a tramitar como PLC nº 18/2015, sendo aprovado em plenário em março de 2016. A tramitação pode ser analisada em <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120401>

⁴² A redação final apresentada pelo Senado Federal incluiu a Defensoria Pública no rol de legitimados ativos, que passou a figurar ao lado do Ministério Público, dos partidos políticos com representação no Congresso e das organizações sindicais, entidades de classes ou associações constituídas há pelo menos um ano. Ademais, as disposições finais foram adequadas ao novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015).

da categoria substituídos pelo impetrante, sem prejuízo do disposto nos §§ 1º e 2º do art. 9º.

As inovações perpetradas na lei reverberam em tópicos complexos, como nos limites e possibilidades da atuação do Supremo Tribunal Federal e na (in)observância do princípio da separação de poderes no controle da omissão declarada inconstitucional.

Tais dilemas serão oportunamente explicitados no presente estudo.

1.7 Técnicas de controle judicial de omissões no direito comparado

Em alguns desenhos institucionais a função exercida pelo Tribunal Constitucional foi atribuída ao próprio poder judiciário, conferindo a possibilidade de controle constitucional ora a qualquer tribunal, como no *judicial review* norte-americano, ora apenas à Corte Suprema, como no controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Com o fim de proporcionar alguma familiaridade com sistemas jurídicos não pátrios, passar-se-á a seguir a uma breve explanação acerca do controle constitucional de omissões legislativas em diferentes jurisdições constitucionais. Espera-se, com tal feito, enriquecer o debate e dar maior densificação as proposições de alterações do sistema jurídico de controle de omissões inconstitucionais no Brasil.

O primeiro país a prever o controle da omissão da legislativa foi a Iugoslávia, na Constituição de 1974. Em seguida seguiram as Constituições de Portugal (1976), do Brasil (1988) e da Angola (1992). (MIRANDA, 2000)

Jorge Miranda cita que a Alemanha, a Áustria, a Itália e a Espanha não têm previsão constitucional de um dispositivo que trate do controle da omissão legislativa, mas têm adotado técnicas semelhantes de decisões a partir do controle por ação. (2000)

Nos Estados Unidos também não há previsão específica do controle da omissão, mas a Suprema Corte tem solicitado ao Congresso ou às Assembleias estaduais a edição de leis que julguem necessárias.

1.7.1 O controle judicial da omissão legislativa na Alemanha

A jurisdição constitucional alemã tem servido de inspiração para os demais países e, especificamente sobre a inconstitucionalidade por omissão legislativa, o Tribunal Constitucional Federal alemão proferiu decisões consideradas pioneiras como precedentes jurisprudenciais. (BAZÁN, 2014)

O controle de constitucionalidade das leis alemãs é realizado pelo *Bundesverfassungsgericht*, instituído em 1951, e pode ocorrer tanto pela via abstrata quanto

pela via concreta, ambos alcançados pela eficácia *erga omnes* e vinculante de suas decisões. (MENDES; BRANCO, 2014)

A omissão resta caracterizada não somente no caso da disposição expressa do dever de legislar, mas também quando há meras disposições principiológicas nesse sentido, assemelhando-se à caracterização da omissão inconstitucional no sistema jurisdicional português.

Gilmar Mendes esclarece que o dever de legislar ao qual refere-se a omissão inconstitucional

[...] pode decorrer de expressa previsão constitucional (Verfassungsauftrag) – (norma-tarefa, na tradução proposta por Canotilho) ou pode derivar do chamado dever de proteção (Schutzpflicht), que obriga o Estado a atuar na defesa e proteção de certos valores, como a vida, a integridade física, a honra, sobretudo em face de agressões praticadas por terceiros. (2014, p. 341-342)

O *Bundesverfassungsgericht* tem adotado uma postura autocontida, evitando proceder como tradicionalmente o faz ao declarar a nulidade de uma norma inconstitucional.

No caso da omissão há, em verdade, uma lacuna provocada pela inércia legislativa, o que leva o Tribunal a proferir sentença de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (ainda que esteja diante de um caso de omissão relativa), recomendando que o legislador adote providências a fim de suprir a omissão.

Outra forma de ação do *Bundesverfassungsgericht* é a declaração de constitucionalidade da lei eivada de omissão relativa, firmando prazo para que o órgão legislativo extinga ou adeque as lacunas identificadas. Nessa hipótese a validade da lei é condicionada ao cumprimento da determinação judicial que impõe ao legislador a correção dos vícios que acarretariam, a princípio, a inconstitucionalidade da lei relativamente omissa. (MENDES; BRANCO, 2014)

1.7.2 O controle judicial da omissão legislativa na Itália

Na Itália, o controle de constitucionalidade pode ocorrer por duas vias: incidental e por via principal ou direta. Ambas seguem as mesmas características do sistema brasileiro e são realizadas pelo Tribunal Constitucional italiano, em funcionamento desde 1956. (BAZÁN, 2015)

A eficácia das decisões proferidas no controle de constitucionalidade é objeto de discussões acaloradas desde a década de 60, época na qual o Tribunal Constitucional começou a adotar a integração judicial, proferindo sentenças aditivas. Apesar de perdurarem divergências, as decisões foram qualificadas como interpretativas e manipulativas. (BAZÁN, 2015)

As sentenças interpretativas, como sugere a própria nomenclatura, expressam apenas a interpretação da Corte restrita ao conteúdo do dispositivo em análise, vinculando as instâncias inferiores no caso de declaração de inconstitucionalidade. (QUINTAS, 2016)

Nas decisões manipulativas, a Corte excede a mera interpretação e manipula o conteúdo normativo para ampliar ou modificar o seu alcance, qualificando-as, respectivamente, como sentenças manipulativas aditivas e manipulativas substitutivas. (QUINTAS, 2016)

As aditivas são as que declararam inconstitucionalidade de uma norma por não prever determinado direito, adicionando nova norma ao ordenamento. A norma é inconstitucional enquanto deixa de dizer algo, isto é, “en la parte en la que no prevé que...”. Já as substitutivas declaram a inconstitucionalidade de parte de norma já existente, “em la parte donde prevé una determinada cosa em vez de prever otra”. (BAZÁN, 2015, p. 732)

Nicola Picardi aduz que a omissão do legislador é caracterizada pelo ato do legislador que contrasta totalmente (omissão total) ou parcialmente (omissão parcial) com o comportamento previsto pelo constituinte⁴³.

De acordo com Augusto Martín de la Veja⁴⁴, citado por Fábio Lima Quintas, o controle da omissão legislativa dá-se no campo das decisões manipulativas aditivas, pois o Tribunal Constitucional incorpora uma nova norma no ordenamento jurídico. (QUINTAS, 2016)

Além da incorporação de nova norma ao ordenamento, o tribunal pode superar a omissão legislativa mediante a determinação de aplicação de uma norma já existente, mas não aplicável ao caso por motivos diversos. O Tribunal pode, portanto,

(...) realizar, a depender da linha teórica e da situação, uma de duas operações para a declaração de inconstitucionalidade da omissão do legislador: i) eliminação da restrição para a aplicação de outras normas já existentes, mas cuja aplicação estava implicitamente vedada em vista do silêncio da lei declarada inconstitucional; ou ii) integração de novo conteúdo

⁴³ PICARDI, Nicola. Le sentenze integrative della Corte costituzionale, em AA.VV., *Aspetti e tendenze del Diritto costituzionale*. Scritti in onore di Costantino Mortati. Vol. 4, Giuffrè, Milano, 1977, pp. 597 y ss *apud* BAZÁN, 2015.

⁴⁴ VEGA, Augusto Martín de la. *La sentencia constitucional em Italia*. Madrid (España): Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

normativo, recorrendo aos princípios jurídicos para essa definição integradora. (QUINTAS, 2016, p. 284)

1.7.3 O controle judicial da omissão legislativa na Espanha

No sistema constitucional espanhol a omissão legislativa e o controle judicial de sua constitucionalidade não encontram lugar no texto constitucional de 1978, atualmente em vigor. A Lei Orgânica do Tribunal Constitucional (LOTC) que expressa as competências do Tribunal Constitucional espanhol tampouco traz alguma disposição nesse sentido, havendo apenas a previsão do controle de constitucionalidade de lei fruto da ação do órgão legiferante. (QUINTAS, 2013)

Diante dessa ausência de previsão de controle da omissão, o Tribunal Constitucional espanhol adota uma postura restrita, atuando essencialmente como o legislador negativo desenhado por Kelsen. Apesar de sua autocontenção, o tribunal reconhece a existência de omissões legislativas inconstitucionais quando direitos previstos na Constituição não são dotados de eficácia em razão da inércia legislativa, fato que se encontra com o princípio da supremacia da Constituição.

A caracterização da omissão legislativa inconstitucional na jurisdição constitucional espanhola ocorre da mesma forma do sistema brasileiro: é preciso haver imposição expressa do dever de legislar e que tal determinação não seja cumprida (QUINTAS, 2013).

Como consequência da ausência de disposições constitucionais versando sobre a omissão legislativa, são ausentes também instrumentos de controle da omissão. Para tanto, o ordenamento se vale da figura do recurso de amparo, o qual destina-se a proteger direitos e liberdades de eventuais violações ocasionais por omissões ou ações. O recurso examina conflitos concretos, de maneira incidental, e produz, em regra, efeitos *inter partes*, tendendo a Corte a proferir decisões meramente mandamentais, utilizando-se da técnica do apelo ao legislador. (QUINTAS, 2013)

1.7.4 O controle judicial da omissão legislativa em Portugal

Fundamentada na democracia representativa e na liberdade política, a Constituição portuguesa de 1976 trouxe um amplo rol de direitos fundamentais e metas programáticas para o Estado, tendo sido a principal influência para a Carta Magna brasileira de 1988.

Sobre o controle de constitucionalidade, Jorge Miranda ressalta que

[...] a fiscalização da constitucionalidade abrange todos os tipos possíveis – de acções e de omissões, abstracta e concreta, preventiva e sucessiva, concentrada e difusa [...]. (2002, p. 12)

No tocante ao controle da omissão legislativa, seu exercício se dá de forma semelhante ao do Brasil, sendo admitido tanto o controle abstrato, mediante a ‘ação de controlo abstracto de normas por omissão’, como o concreto, por meio do “incidente de inconstitucionalidade por omissão legislativa”. (MIRANDA, 2002, p. 13)

No controle abstrato de normas a Corte apenas declara a omissão legiferante, sendo ausente qualquer mecanismo de exequibilidade. No controle incidental, a omissão é declarada pela Corte e produz efeitos *inter partes*. Não há, assim como no Brasil, previsão de uma decisão vinculante que obrigue o órgão omissor a proceder ao cumprimento da diretiva constitucional. (MIRANDA, 2000)

Jorge Miranda define a omissão inconstitucional como a inércia de qualquer órgão de poder diante de uma ação exigida pela Constituição. No entanto, o autor diverge do entendimento predominante na jurisdição constitucional portuguesa ao afirmar que “somente é relevante o não cumprimento da Constituição que se especifique no não cumprimento de uma das suas normas, devidamente individualizada”. (1997, p. 588)

Para o autor as normas programáticas almejam atingir certas finalidades e “implicam a verificação pelo legislador, no exercício de um verdadeiro poder discricionário, da possibilidade de as concretizar” (2000, p. 245). Sendo discricionário, não há possibilidade de caracterizar a omissão como inconstitucional. Já quanto as normas de eficácia limitada, o autor as classifica como normas não exequíveis por si mesmas, pois carecem de normas legislativas que as tornem aplicáveis, podendo ocorrer a omissão legislativa inconstitucional no caso da carência de norma.

Apesar da divergência de Jorge Miranda, a inconstitucionalidade por omissão no ordenamento português atinge as normas não exequíveis por si mesmas, sejam elas preceptivas ou programáticas (além dos atos administrativos de execução de leis ou de regulamentos). (MIRANDA, 1997)

1.7.5 O controle judicial da omissão legislativa nos Estados Unidos

O sistema judicial norte-americano é o precursor do controle difuso de constitucionalidade. Conforme já exposto, foi em 1803 que o então presidente da Suprema Corte, John Marshall, proferiu a decisão considerada o nascimento do controle judicial de constitucionalidade no caso *Marbury v. Madison*. (CAPPELLETTI, 1984)

A decisão ocorreu após 16 anos da promulgação da Constituição americana de 1787, fruto da emancipação da colonização inglesa, a qual estabeleceu expressamente a sua supremacia e permitiu que o poder judiciário, por meio dos casos concretos que a ele

chegassem, controlasse a constitucionalidade das leis e atos normativos dos demais poderes governamentais.

O *judicial review* estadunidense enquadra-se no modelo difuso, realizado em casos concretos que chegam aos tribunais superiores ou à Suprema Corte. Apenas em casos excepcionais os juízes de primeira instância podem controlar a constitucionalidade de determinada lei ou ato.

Nesse sistema existe uma regra de “bom aviso” segundo a qual só se deve declarar a inconstitucionalidade quando isso for indispensável para resolver a questão. A função do juiz é resolver a lide (não tem a função de proteger a ordem constitucional em abstrato) e, dessa forma, o controle só será realizado quando for necessário para resolver a lide.

Na prática, em virtude do *common law* e do respeito aos precedentes, a decisão da Suprema Corte que afasta uma lei por ser inconstitucional acaba por figurar como uma espécie de vinculação às demais Cortes. No entanto, o *stare decisis* norte americano, além de não conferir o caráter obrigatório aos demais tribunais, permite que a própria Suprema Corte tenha entendimento contrário ao analisar a mesma lei em outro caso. (KELSEN, 2013)

Inicialmente, o controle judicial da lei estava relacionado apenas aos aspectos de competência do órgão por ela responsável e aos limites materiais impostos pela Constituição. Posteriormente, o Judiciário deveria controlar também a racionalidade das leis ou, em palavras, o devido procedimento legal, além da oportunidade (*expediency*) e a prudência das leis, recaindo em um vão infinito de possibilidades. (GARCÍA-PELAYO, 2000)

Quanto à omissão, a Constituição norte-americana não faz previsão expressa de controle, mas atua nos conformes do controle de constitucionalidade por ação. Há no sistema constitucional norte-americano dois instrumentos processuais que merecem destaque: o *writ of mandamus* e o *writ of injunction*.

Ambos são considerados como ações de cumprimento, diferenciando-se entre o caráter positivo ou negativo da ordem. O *writ of mandamus* objetiva que o tribunal ordene a prática de um ato pela autoridade competente, para que cumpra o ordenamento jurídico, enquanto o *writ of injunction* objetiva uma ordem de proibição, ou seja, a abstenção de uma autoridade a fim de proteger os direitos fundamentais. O *writ of mandamus* foi adotado pela jurisdição constitucional brasileira, em 1988, sob a nomenclatura inversa: mandado de injunção.

1.7.6 O controle judicial da omissão legislativa na Argentina

Na Argentina, a Constituição traz expressamente a possibilidade de o Judiciário controlar a constitucionalidade de normas fundadas tanto em atos comissivos quanto omissivos⁴⁵.

Assim como no Brasil, o sistema jurídico argentino confere extrema relevância ao princípio da supremacia da Constituição, principalmente após a reforma constitucional ocorrida em 1994 que fortaleceu sua primazia e seu vigor normativo (BAZÁN, 2014)

A doutrina argentina entende que a omissão inconstitucional pode ser caracterizada em virtude da inércia dos poderes legislativo e executivo, mas adverte Víctor Bazán que não há uma preocupação latente em aprofundar e sistematizar os perfis conceituais da omissão. (2014)

O autor argentino traz uma concepção geral do que seria uma omissão inconstitucional:

[...] consiste en la falta o la insuficiencia de desarrollo de una disposición constitucional por el legislador, y de manera excepcional por el Poder Ejecutivo, cuando existe un mandato constitucional expreso al respecto y que de aquellas inactuación total o actividad deficiente, mantenidas durante un lapso irrazonablemente extenso, se derive una situación jurídica contraria a la Constitución. (BAZÁN, 2014, p. 103)

Comparando a concepção formulada pelo autor argentino com a adotada por autores brasileiros e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, percebe-se a convergência de entendimentos.

Na parte inicial, em que cita a falta ou insuficiência de desenvolvimento de uma disposição constitucional, pode-se equiparar a omissão total (inactuação total - ausência) ou parcial (actividad deficiente - insuficiência) de disposição regulamentadora.

Em seguida, o autor cita que a norma saneadora da omissão inconstitucional deve ser desenvolvida pelo Legislador e apenas excepcionalmente pelo Poder Executivo, o que ocorre também na prática institucional brasileira.

⁴⁵ Constitución Nacional de la República Argentina. Artículo 43: Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Ponto determinante diz respeito à disposição constitucional expressa. Conforme já abordado, não basta determinação constitucional geral e abstrata, mas sim que haja uma norma de eficácia limitada, dispondo sobre um direito específico.

Por fim, sustenta que o autor que a situação jurídica que contraria a Constituição deve ocorrer durante um lapso temporal extenso, distante do razoável.

1.8 A omissão inconstitucional e sua relação com a função promocional do Estado e do direito

A passagem do Estado Liberal ao Estado Social, no qual os direitos civis e políticos estavam em voga, trouxe consigo os direitos econômicos, sociais e culturais como direitos que requerem uma atuação positiva dos poderes públicos, implicando numa espécie de compromisso implícito. (PISARELLO, 2001)

Tais direitos foram incorporados nos ordenamentos constitucionais como expressão da complexidade e do dinamismo social que adotavam como esteio o princípio da dignidade da pessoa humana, expressão fruto da convergência de várias visões históricas e filosóficas que se desenvolveram ao longo dos variados contextos sociais, culturais e políticos, tendo, contudo, maior embasamento no pensamento cristão de igualdade perante a criação. (BITTAR, 2008)

A mudança da sistemática constitucional acarretou também uma mudança normativa estrutural. Normas e princípios com conceitos abertos e indeterminados passaram a integrar o texto fundamental, permeado-o de planos idealistas de realização social.

À essa nova Constituição dá-se o nome de constituição aberta e dirigente, a qual explicita a função promocional do direito e do Estado através de normas que preveem metas a serem perseguidas pelos poderes públicos nas searas econômica, cultural e social. (CASTRO, 2010)

A Constituição Federal de 1988 surgiu após o tortuoso momento de vinte e um anos de ditadura no Brasil, almejando atender aos anseios sociais por uma representação democrática e pela proteção, promoção, garantia e efetivação de direitos fundamentais. Tais aspirações revelam por si só a expectativa da ação Estatal estabelecida pelo Constituinte originário.

Além da ação Estatal, considerou-se também como relevante a omissão. A Carta magna previu que não somente a ação do Estado tem o condão de violar direitos fundamentais, mas também a sua inércia em proteger, promover, garantir e efetivá-los pode

ensejar uma violação. Sendo assim, as obrigações estatais deixaram de ter cunho apenas negativo para ocuparem-se também de uma faceta positiva. (SARMENTO, 2007)

É nesse contexto que o modelo constitucional brasileiro, regido por uma Constituição dirigente, traz em seu corpo diversas normas programáticas que introduzem a ação positiva do Estado no cumprimento da quadrilogia inerente aos direitos fundamentais citada alhures.

Paulo Gustavo Gonet Branco atenta que:

[...] todas as constituições fazem opções ideológicas sobre o papel do Estado nos planos social e econômico. Até quando não o expressam, assumem, nesse silêncio mesmo, uma opção política, vinculada a uma dada ideia sobre o que deve incumbir aos poderes públicos. De toda sorte, associa-se a constituição-garantia a uma concepção liberal da política, enquanto a constituição programática remete-se ao ideário do Estado social de direito. A Constituição brasileira de 1988 tem invidiosa propensão dirigente. (MENDES; BRANCO, 2015, p. 63)

Tais normas exprimem ações que devem ser perseguidas pelo Estado, bem como direitos que são postos como fundamentais, mas que demandam normatização posterior e por isso merecem atenção estatal para a adoção de providências a fim de viabilizar o seu exercício.

Canotilho esclarece que:

[...] as Constituições programáticas reconduzir-se-iam ao arquétipo da «Grande-Mãe» (a mãe fala à criança ao subdesenvolvido, ao carecido de proteção ao que está em perigo, dando-lhe ajuda e espaço para o desenvolvimento e evolução); as constituições liberais corresponderiam ao arquétipo do Grande-Pai (a concepção patriarcal accentual a imagem de independência, Liberdade e auto-responsabilidade). No caso de uma «doença constitucional», deveria descobrir-se qual o verdadeiro arquétipo, correspondente ao «inconsciente colectivo» de um povo, que deveria presidir à feitura ou revisão de uma lei fundamental. (1994, p. 39)

As normas programáticas expressam, pois, a função promocional do direito. Bobbio aduz que, não obstante o direito ter uma concepção repressiva (ordenamento coativo), o Estado contemporâneo tem trazido normas que encorajam condutas, mesclando a função repressiva do direito, aquela que almeja impedir comportamentos não desejados, com a função promocional, que tem interesse nos comportamentos socialmente desejáveis. (BOBBIO, 2007)

Relacionando-se com o Estado, a função promocional do direito tem por escopo provocar a prática de atos desejáveis por parte do Estado para que as funções promocionais de ambos sejam alinhadas na persecução da garantia, em sentido amplo, dos direitos fundamentais.

As funções promocionais encontram-se, portanto, particularmente previstas nos textos de normas programáticas, os quais trazem em seu bojo, majoritariamente, a previsão de direitos sociais a serem garantidos pelo Estado.

Contudo, reside aqui um dos maiores dilemas da jurisdição constitucional moderna: a inobservância das normas programáticas e o conseqüente impedimento do exercício dos direitos fundamentais pelos indivíduos.

Alexandre de Moraes atenta para a multiplicação das “(...) Constituições meramente formais, sem estabilidade e sem eficácia, como simples aparato exterior para simular a supremacia da lei e a democracia”. (MORAES, 2013, p. 201)

Geraldo Pisarello afirma que os direitos sociais, no caráter programático da norma jurídica, são concebidos de forma débil, pois geram efeitos apenas indiretos ou mediatos. Esse caráter programático não lhes confere o status de direitos subjetivos, posto que raras vezes não judicializados e sua concretização depende da intervenção legislativa e administrativa. (2001)

Pondera o autor que:

[...] la construcción del estado social continua e profundiza la tradición del positivismo legalista afincada en la idea de un legislador virtuoso, con facultades prácticamente incontroladas, encargado de gobernar, em su calidad de ‘señor’ del derecho, las condiciones de oportunidad para el desarrollo del contenido normativo de los derechos sociales constitucionales. El estado social tradicional, em definitiva, se apresenta como un estado legislativo y, sobretudo, administrativo, que sin embargo no consigue articular una red garantista similar a la diseñada em su momento para la protección de los derechos liberales clásicos⁴⁶. [...] (2001, p. 84-85)

O fracasso do Estado Social em articular uma rede garantista tem gerado a ineficácia de normas jurídicas qualificadas como programáticas, fato que está diretamente ligado a caracterização da omissão legislativa inconstitucional. (BERCOVICI, 2004)

Particularizando o fato ao tema objeto de estudo no presente trabalho, tem-se a situação de uma norma que prevê determinado direito e impõe ao poder legislativo uma ação positiva para regulamentá-lo. Tal imposição normativa não é, entretanto, adimplida pelo Estado, quedando-se este inerte junto ao seu dever constitucional.

⁴⁶ “[...] a construção do estado social continua e aprofunda a tradição do positivismo legalista afincada na ideia de um legislador virtuoso, com facultades praticamente incontroladas, encarregado de gobernar, em sua qualidade de ‘senhor’ do direito, as condições de oportunidade para o desenvolvimento do conteúdo normativo dos direitos sociais constitucionais. O estado social tradicional, definitivamente, se apresenta como um estado social legislativo e, sobretudo, administrativo, que, sem embargo, não consegue articular uma rede garantista semelhante a que foi desenhada em seu momento para a proteção dos direitos liberais clássicos. [...] (tradução livre)

A sociedade detentora do direito previsto fica, nesse caso, impossibilitada de exercê-lo em virtude da omissão legislativa, a qual é passível de ser atingida pela inconstitucionalidade, mediante a provocação do poder judiciário.

Se a Carta é suprema e o direito é fundamental, não estaria o legislador vinculado ao texto constitucional?

1.9 A omissão inconstitucional e a vinculação do legislador ao texto constitucional

Partindo das premissas da supremacia da Constituição e da fundamentalidade do direito, tem-se que a declaração judicial da inconstitucionalidade da omissão legislativa está atrelada a duas questões principais: a (não) concretização da Carta fundamental pelo legislador e a (in)eficácia das normas constitucionais.

Gomes Canotilho indaga:

Deve uma constituição conceber-se como estatuto organizatório, como simples instrumento de governo, definidor de competências e regulador de processos, ou, pelo contrário, deve aspirar a transformar-se num plano normativo-material global que determina tarefas, estabelece programas e define fins? (1994, p. 12)

Tais questionamentos têm permeado os debates das últimas décadas, principalmente, em sistemas constitucionais como o brasileiro, regido por uma Constituição dirigente.

Não obstante a densidade da problemática exposta pelo autor, terá lugar aqui apenas a análise dos fatos concretizados na jurisdição constitucional brasileira: a Constituição Federal de 1988 determina tarefas, estabelece programas e define fins.

Assim sendo, e diante da força normativa da Constituição e de seu modelo como constituição-programa, está o poder legiferante vinculado ao cumprimento das imposições definidas em normas constitucionais?

No sistema pátrio não há norma expressa que determine a vinculação dos órgãos estatais ao texto da norma constitucional e, por conseguinte, à concretização dos direitos fundamentais previstos por normas de eficácia limitada. Há, no entanto, uma vinculação implícita, constante nos artigos que compõem o título I da Constituição Federal.⁴⁷

⁴⁷ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Art. 4º

Ademais, a norma jurídica é permeada de imperatividade, o que implica, noutras palavras, no dever de observância obrigatória por seu destinatário. Nesse caso há, em regra, mecanismo coercitivo para o seu cumprimento. No entanto, nas normas programáticas e de eficácia limitada, a ordem destina-se ao Estado, não havendo consequências estabelecidas para o seu descumprimento. (BARROSO, 1993)

Na falta de previsão expressa da obrigatoriedade do Legislativo em cumprir um dever normativo-constitucional, parece possível afirmar que a Constituição está, em verdade, à disposição do poder legiferante, acarretando, nas palavras de Canotilho, na “aporia da vinculatividade”. (1994, p. 62)

Tem o legislador discricionariedade para dar cumprimento às disposições constitucionais programáticas e eficácia limitada, de acordo o princípio da reserva legal e da máxima efetividade possível?

Canotilho afirma que a discricionariedade não tem lugar na concretização da Constituição, pois não se há de falar em “liberdade de conformação do legislador contra as normas constitucionais”. (1994, p. 63)

O problema das omissões legislativas é permeado pela discussão em torno do caráter vinculante das normas constitucionais que têm sua eficácia na dependência da ação positiva do legislador.

De um lado a doutrina do poder legislativo unitário e da soberania parlamentar entendem pela impossibilidade de imposição obrigatória ao legislador. De outro, a supremacia da Constituição faz prevalecer a norma fundamental e o poder constituinte em face do poder constituído, devendo este estar compelido ao cumprimento da imposição constitucional. (CANOTILHO, 1994)

Canotilho ressalta que o dever de legislar atribuído ao Estado repercute em um direito à legislação dos cidadãos detentores de um direito obstado em face da inércia legislativa. Tal afirmação comporta, porém, veementes críticas.

Os cidadãos carecedores do exercício de um direito que é garantido constitucionalmente possuem uma pretensão subjetiva que não encontra espaço para transformar-se em um direito objetivo à legislação. Além disso, o reconhecimento pela via

A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

judicial do direito à emanção normativa configuraria uma violação da tripartição de poderes, não podendo ser judicialmente suprimida a liberdade de conformação do legislador. (CANOTILHO, 1994)

O Tribunal Constitucional alemão, conforme esclarece Gilmar Mendes, tem “identificado, ultimamente, como fundamento do dever constitucional de legislar, o dever geral de adequação (*allgemeiner Nachbesserungsvorbehalt*), que impõe o legislador a obrigação de atuar de forma protetora e construtiva no âmbito dos direitos fundamentais”. (2014, p. 342)

Estar-se, assim, de volta ao problema precípua concernente à omissão inconstitucional: a ineficácia das normas constitucionais ocasionada pela carência de concretização do texto constitucional.

2. A SEPARAÇÃO DE PODERES NO CENÁRIO DA OMISSÃO LEGISLATIVA

No atual contexto político e jurídico brasileiro, no qual a crise dos poderes está em foco, muito se tem discutido sobre a extrapolação dos limites constitucionais circunscritos a cada poder da União, motivo este encenador de crescentes análises acerca dos delineamentos do postulado da separação de poderes.

A teoria de divisão de poderes de Montesquieu⁴⁸, baseada na neutralização dos poderes pela comunhão de funções e pelo controle mútuo, tem influência reconhecida na ordem constitucional brasileira. Entretanto, a previsão de um poder julgador temporário e com atuação minimizada não foi mantida. Ao revés, o poder judiciário assumiu relevante posição em nossa Carta Magna, sendo a ele estendidos os ideais de neutralidade da teoria da divisão de poderes, em conjunto com novas possibilidades de atuação além da inanimação, como, por exemplo, o controle mútuo entre poderes.

A ideia inicial de contenção dos abusos de poder através da estrita observância legal evoluiu para uma concepção substantiva segundo a qual o poder deve justificar o exercício de suas funções através da proteção e garantia da eficácia dos direitos e liberdades fundamentais.

Em quase 28 anos de constituição de nossa república federativa, o Judiciário ganhou contornos além dos inicialmente idealizados pelo constituinte originário, sendo, não raras vezes, alvo de críticas por ampliar suas atribuições e usurpar funções destinadas aos demais poderes.

2.1 Montesquieu e a Teoria da Separação de Poderes

Em abordagem anterior, clarificou-se que o aprofundamento das concepções hobbesianas, feitas por Locke, culminou na primeira menção expressa da divisão de poderes como forma de limitação de poder. Para Locke o Estado deveria ser concebido para o aperfeiçoamento e para a garantia dos direitos básicos, ou seja, o governo civil asseguraria os direitos naturais⁴⁹. (JORGE, 2013). De acordo com o autor, “a reposta à possível violação desses direitos por parte do governo estaria em assegurar que os diferentes poderes ou funções

⁴⁸ Sobre a separação de poderes, indica-se a leitura do capítulo 1 do livro “Presidencialismo de Coalizão: exame do atual sistema de governo”, do autor Sérgio Antônio Ferreira Victor.

⁴⁹ As ideias de Locke foram postas na Declaração de Virgínia e foram adotadas como pontos centrais para o constitucionalismo (o Estado existe para que os direitos elementares sejam preservados e aperfeiçoados).

governamentais residissem em distintas mãos: a separação de poderes”. (VICTOR, 2015, p. 35)

Mais de meio século depois, a França passou a ser o cenário de uma densificação das ideias apresentadas pelos autores britânicos, com a publicação, em 1748, da obra “Do espírito das leis”, escrita pelo filósofo Barão Charles de Montesquieu.

Considerando a realidade e variáveis ali postas, Montesquieu desenhou uma separação de poderes que foi revolucionária na definição do quadro político do constitucionalismo clássico e basilar nos constitucionalismos subsequentes.

Segundo Montesquieu, os poderes eram divididos em três tipos: Legislativo, Executivo do Estado e Julgador. O Poder Legislativo (das coisas que dependem do direito do Estado) representava a vontade geral do Estado. Era um poder permanente, ao qual cabia o papel de fazer leis temporárias ou permanentes. Seus membros eram escolhidos por habitantes (representatividade), compondo o “corpo representante do povo”⁵⁰. Havia, ainda, o “corpo dos nobres”, caracterizado pela composição de maneira hereditária por membros representantes da nobreza⁵¹. Para Montesquieu, o governo deveria ser exercido pelo povo, mas diante da impossibilidade, o autor propôs a representação democrática, aduzindo que:

Como num Estado livre todo homem que se considera ter uma alma livre deve ser governado por si mesmo, o povo como um todo deveria ter o poder legislativo; mas, como isso é impossível nos grandes Estados e está sujeito a muitos inconvenientes nos pequenos, é preciso que o povo faça por meio de seus representantes o que não pode fazer por si mesmo. (MONTESQUIEU, 2014, 171)

O Poder Executivo do Estado (das coisas que dependem do direito das gentes), também de caráter permanente, pugnava pela execução da vontade geral do Estado (poder legislativo). Cabia ao Executivo, primordialmente, zelar pela segurança, prevenindo invasões, declarando paz ou guerra, enviando e recebendo embaixadas, dentre outras medidas.

Ao contrário do Legislativo, o Poder Executivo deveria centrar-se nas mãos de uma única pessoa, em virtude da celeridade de ações exigidas por sua própria função institucional⁵². Sobre o controle mútuo, o autor francês afirmava que o Legislativo não

⁵⁰ Havia, na teoria de Montesquieu, a figura do voto censitário, sendo permitida a votação “salvo os que estão em tal estado de baixa que se considere que não têm vontade própria”. O critério de corte era, portanto, um patamar mínimo de renda ou de propriedade.

⁵¹ Observa-se nesse particular a adoção do bicameralismo, dividido entre o Corpo dos nobres (câmara alta – hereditário - permanente) e o Corpo representante do povo (câmara baixa – eleito - temporário). Controle – poder regulador: corpo dos nobres (hereditário); Câmara alta – papel moderador (preponderante sobre a câmara baixa).

⁵² O poder devia ser exercido por um Monarca para evitar a tirania do corpo legislativo. Assim, o Executivo tinha o direito de deter as ações do Legislativo (através da sua participação da legislação por sua faculdade de

poderia deter o Executivo, mas lhes eram concedidos o direito e a faculdade de examinar de que maneira as leis foram executadas, culminando na sua ideia de Estado livre.

Por fim Montesquieu citou o Poder de Julgar como o terceiro poder. Sua função era a punição de crimes e o julgamento de litígios entre particulares. Defendia o caráter temporário do Poder Julgador, o qual seria instituído apenas pelo lapso temporal necessário para o exercício de sua função em determinado caso ou momento, e, ainda, que essa esfera de poder fosse composta por pessoas do povo a fim de garantir sua neutralidade⁵³.

É baseado na concepção do terceiro poder montesquiano que surge a noção de juízes como meros instrumentos de aplicação da norma, chamados de “bocas da lei”. Isso porque os juízes eram meros aplicadores da lei, o que conferia a neutralidade e a segurança jurídica defendidas pelo autor francês. Pugnando pela ideia de que a lei deveria ser temida e não o magistrado, o autor afirmava que os juízes deveriam ser “seres inanimados que não podem nem moderar a força nem o rigor dessas palavras”. (MONTESQUIEU, 2014, p. 175)

A ideia de que se não houvesse a separação de poderes não haveria liberdade fica clara da leitura do capítulo VI do livro XI de “Do Espírito das Leis”. O momento social era de luta contra o absolutismo e, nesse diapasão, o escritor francês tinha a liberdade política como preocupação latente em contraposição ao autoritarismo estatal. Em sua acepção, liberdade política consistia em “podermos fazer o que devemos querer e em não sermos obrigados a fazer o que não devemos querer”. (MONTESQUIEU, 2014, p. 167)

A neutralização dos poderes a fim de evitar arbitrariedade era a preocupação latente do autor. Para que essa neutralidade fosse alcançada, os dois poderes permanentes (Legislativo e Executivo) tinham a faculdade mútua de impedir eventuais abusos de poder para a garantia de um Estado moderado. O filósofo francês dizia que “todo homem que tem poder é levado a abusar dele. Ele vai em frente até encontrar limites. Quem diria! A própria virtude precisa de limites. Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder”. (MONTESQUIEU, 2014, p. 168)

A concentração de poderes era frontalmente por ele rebatida ao afirmar que a reunião do Legislativo com Executivo geraria “leis tirânicas para executá-las tiranicamente” (2014, p.

impedir. Se tivesse a faculdade de estatuir, não haveria liberdade) para que este não se tornasse opressor e arbitrário.

⁵³ Montesquieu estabeleceu algumas exceções nas quais o poder de julgar poderia ser transferido ao poder legislativo, exercendo este uma função atípica, tais como: 1. Nobres julgados por seus pares – corpo legislativo composto por nobres; Proteção da nobreza; 2. Excesso de rigor da lei – legislativo: moderar a lei em favor da própria lei, sentenciando menos rigorosamente. 3. Cidadão – negócios públicos que violem direito do povo (impeachment): parte legislativa do povo/parte legislativa dos nobres.

169); do Julgador com o Legislativo conduziria à arbitrariedade do poder sobre a vida e liberdade; e do Julgador com o Executivo poderia tornar o juiz um opressor.

O modelo da separação de poderes influenciou já de início o Estado Americano e o Francês. Nos Estados Unidos, a Declaração de Direitos da Virgínia (1776) previu a tripartição de poderes, a qual foi também inserida na Constituição Americana de 1787. Já na França pós-revolução, a separação de poderes foi prevista na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e na Constituição Francesa (1791).

Por sua vez, o Brasil, durante governos republicanos, adotou de forma expressa a separação de poderes nas Constituições de 1891, 1934, 1964, 1967 e, por fim, na Carta Magna de 1988.

2.2. A Separação de Poderes Pós Constituinte

Seguindo a proposição de Montesquieu, o constituinte originário da Constituição Federal brasileira de 1988 estabeleceu a divisão de tarefas entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, conforme exposto no art. 2º da Constituição Federal de 1988: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

O constituinte conferiu ao postulado da separação de poderes o status de princípio constitucional fundamental intangível, perpetuado por meio de cláusula pétrea no art. 60, §4º da Carta Magna de 1988. O status constitucional de cláusula pétrea garante a manutenção de “um núcleo essencial do projeto do poder constituinte originário, que ele intenta preservar de quaisquer mudanças institucionalizadas”. (MENDES; BRANCO, 2015, p. 122)

A despeito das divergências quanto à natureza das cláusulas pétreas⁵⁴, predomina no sistema brasileiro a concepção de que tais cláusulas constituem limitações materiais ao poder de revisão constitucional, sendo, portanto, intangíveis.

Há de se observar, contudo, a adaptação da teoria da separação dos poderes em razão da necessidade de interrelações governamentais. O advento do Estado Social trouxe consigo a extensão do rol de direitos fundamentais, o qual não mais apontava tão somente para os deveres negativos estatais.

Diante do novo contexto do *Welfare State*, exigia-se também a atuação cooperativa positiva dos entes estatais para a concretização dos direitos fundamentais. A Constituição de

⁵⁴ Sobre a natureza das cláusulas pétreas, há 3 posicionamentos: inaceitáveis em virtude da não hierarquia entre os poderes constituinte originário e derivado, posto que ambos são exercidos por representantes eleitos pelo povo; aceitáveis, mas passíveis de restrições, podendo, inclusive, serem revogadas por dupla revisão, e, por fim, aceitáveis como limitações materiais absolutas. (MENDES; BRANCO, 2015, p. 122)

1988 considerou os mesmos ideais de concreção dos direitos ali previstos, motivo pelo qual a separação rígida de poderes cunhada no Estado Liberal foi adaptada na ordem constitucional vigente. (BARREIROS, 2010)

A separação de poderes do liberalismo pressupunha uma técnica de produção legislativa casuística que se imiscuía em normatizar maximamente as condutas sociais de forma a tornar quase inexistentes as lacunas legais. Tal fator revelava o desenho institucional próprio do contexto liberal que exigia o fim da arbitrariedade estatal e, por isso, restringia qualquer possibilidade de interpretação do aplicador da norma.

A técnica casuística, contudo, mostrou-se incapaz de acompanhar o ágil processo de transformação social e gerou a adoção complementar de outra forma de legislar, por meio de cláusulas gerais. Tal mudança ampliou o poder interpretativo do aplicador da norma ao permitir a utilização conjunta de diferentes normas jurídicas e, inclusive, de elementos alheios ao sistema normativo.

A conjuntura do Estado Social, no que tange a garantia dos direitos fundamentais e a utilização de ambas as técnicas legislativas citadas alhures, influenciou não apenas os poderes legiferante e administrativo, mas também sobremaneira o poder judicante.

O papel desempenhado pelos julgadores deve observar as normas que, além de regras de conduta, trazem princípios e finalidades de contemplação obrigatória para o deslinde das demandas. Tal mudança na função do hermeneuta o afasta da concepção proposta por Montesquieu do juiz como “boca da lei”, fato que, por si só, flexibiliza os limites de atuação entre as funções governamentais⁵⁵.

Assim sendo, a Constituição Cidadã, composta por cláusulas abertas, conceitos indeterminados e normas programáticas, abriu espaço para a atividade de interpretação das leis, antes não admitida pela teoria da tripartição de poderes.

Por opção metodológica, analisar-se-á apenas a atuação do poder judiciário, optando pelo exame exclusivo de decisões do Supremo Tribunal Federal.

⁵⁵ Na conjuntura política-jurídica brasileira percebe-se a mitigação do postulado da separação de poderes ao analisar as normas dispostas na própria Constituição. O Poder Executivo, por exemplo, se destaca na produção legislativa através das leis delegadas, medidas provisórias, sanção e veto. Ademais, o Presidente da República concentra as funções de Chefe de Governo e Chefe de Estado, em virtude do sistema presidencialista adotado pelo Brasil. No Judiciário, a ingerência do Poder Executivo é claramente observada pela forma de composição da Suprema Corte, uma vez que os membros do Supremo Tribunal Federal são escolhidos pelo Presidente da República com posterior chancela do Senado.

2.3 A separação de poderes e os limites judiciais no controle da omissão

A Constituição, como principal elemento normativo da ordem estatal, vincula os três entes governamentais integrantes da tripartição de poderes adotada pelo Brasil, tendo instituído as garantias e direitos fundamentais como normas de aplicação imediata, fato que traduz a instituição da vinculação integral dos entes estatais aos direitos fundamentais. (MENDES; GONET, 2014)

Há vinculações claras da atividade legislativa, como, por exemplo, estabelecer restrições à um direito fundamental ou atuar positivamente para editar normas a fim de concretizá-lo. Quanto ao poder executivo, deve-se observar sua vinculação constitucional com relação a todos os entes da administração pública direta e indireta, bem como às pessoas jurídicas de direito privado que exercem atividades públicas.

E a vinculação da face judicial? Pois bem, há de se considerar que a vinculação da jurisdição vai além do simples respeito ao direito constitucional, abrangendo o dever de assegurar a concretização dos direitos mediante a sua efetiva aplicação. As tarefas impostas aos poderes devem ser realizadas de acordo com os limites estabelecidos pela própria Constituição. Devem ser considerados não só a reserva legal, mas primordialmente o princípio da proteção do núcleo essencial e o princípio da proporcionalidade, também conhecidos como limites dos limites.

As recentes discussões sobre a separação de poderes encontram-se calcadas nos limites da atuação do poder judiciário, mais especificamente nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no exercício do controle de constitucionalidade.

Consagrada como cláusula pétrea na Constituição Federal de 1988, a separação de poderes tem sido interpretada de forma restritiva por críticos da atuação da Corte Constitucional brasileira. Nesse sentido, Gilmar Mendes afirma que:

[...] a tendência detectada atua no sentido não de uma interpretação restritiva das cláusulas pétreas, mas de uma interpretação restritiva dos próprios princípios por elas protegidos.

Essa via, em vez de permitir um fortalecimento dos princípios constitucionais contemplados nas *garantias de eternidade*, como pretendido pelo constituinte, acarreta, efetivamente o seu enfraquecimento.

Assim, parece recomendável que eventual interpretação restritiva se refira à própria garantia de eternidade sem afetar os princípios por ela protegidos. (MENDES, 2012, p. 153)

Ao analisarmos o princípio da unidade da Constituição juntamente com as cláusulas pétreas do §4º do artigo 60, não é difícil perceber que considerações demasiadamente restritivas das normas constitucionais tendem a causar um engessamento da ordem

constitucional diante da impossibilidade de mudanças. A atuação do poder público, em qualquer dos polos do seu tripé, é imprescindível para conferir eficácia à Carta de 1988. A seguir analisar-se-á a face judicial.

2.3.1 O STF e os limites na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

Com o objetivo de analisar o atual entendimento da Corte Constitucional brasileira, passa-se, nesse tópico, ao estudo da jurisprudência do Tribunal. Para tanto, as decisões foram colhidas mediante solicitação eletrônica à Seção de Pesquisa de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁵⁶, adotando-se os seguintes filtros: Constituição Federal de 1988 (legislação), Pleno (órgão julgador), 05/10/1988 – 30/05/2016 (data de julgamento) e acórdãos (decisão de julgamento)⁵⁷.

Da pesquisa efetuada foram colhidas 48 (quarenta e oito) decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, as quais referem-se a 46 (quarenta e seis) ações⁵⁸.

Convém retomar o fato de que até outubro de 2008 o STF não distinguia a ADI e a ADO em classes processuais distintas, sendo a omissão analisada dentro da classe processual da ação direta de inconstitucionalidade. Apenas a partir de então, a Corte iniciou a distribuição das ações em classes distintas.

Das 46 ações colhidas, 42 tramitaram na classe processual da ADI e outras 4 integraram a classe própria. Tem-se ainda que 28 foram julgadas procedentes⁵⁹, 04 improcedentes⁶⁰, 07 prejudicadas⁶¹, 02 tiveram os pedidos de liminares indeferidos⁶² (sem posterior análise do mérito) e 05 foram alcançadas pelo não conhecimento⁶³.

Do exame das decisões colhidas é possível perceber que a jurisprudência da Suprema Corte tem alcançado um alto nível de estabilidade, com pequenas variações.

Em caso discutido no Pleno em 1994, o qual versava sobre a competência da União para definir a classificação indicativa de diversões públicas e programas de rádio-tv (art. 21,

⁵⁶ Solicitação de pesquisa nº 36726 efetuada por meio do endereço eletrônico pesquisa@stf.jus.br

⁵⁷ As decisões estão elencadas no “Anexo A”, no final desse trabalho.

⁵⁸ Há duas decisões proferidas na ADO 22, em virtude do julgamento de embargos de declaração. Enquadra-se também nesse caso a ADI 23, em razão da existência de questão de ordem, decidida anteriormente ao julgamento de mérito.

⁵⁹ ADI’s: 3682, 2504, 2507, 2506, 2519, 2512, 2493, 2491, 2497, 2520, 2525, 2517, 2490, 2481, 2508, 2486, 2510, 2492, 2518, 2516, 2509, 2496, 2503, 2524, 2498, 2511, 2061 e 889 - Listadas em ordem decrescente de julgamento.

⁶⁰ ADO’s 22 e 28; e ADI’s 1698, 3303 - Listadas em ordem decrescente de julgamento.

⁶¹ ADO 6 e ADI’s 1830 QO, 2495, 2162, 1836, 877 e 480 - Listadas em ordem decrescente de julgamento.

⁶² ADI’s 1600 e 361 - Listadas em ordem decrescente de julgamento.

⁶³ ADI’s 1810, 297, 1387, 23 e 19 - Listadas em ordem decrescente de julgamento.

XVI, CF), o Judiciário expôs que “silente a lei, incumbia ao Executivo o encaminhamento de projeto objetivando dar cumprimento ao preceito transitório”⁶⁴.

Já havia anteprojeto sobre o tema encaminhado à Presidência da República, o qual foi recusado sob o argumento de não ser oportuno seu encaminhamento enquanto estivesse pendente de decisão uma outra ação em curso no STF versando sobre temática que seria, supostamente, relacionada ao anteprojeto. O STF, entretanto, recusando tal justificativa, declarou a mora do poder executivo no encaminhamento do projeto de lei e determinou ciência para a adoção de providências.

Seguindo por essa linha, o Supremo manteve a adoção da teoria não concretista nos anos seguintes⁶⁵, entendendo, inclusive, ser inadmissível a imposição de prazo para o encaminhamento de projeto de lei que visasse suprir omissão⁶⁶:

A fixação de prazo [...] só tem cabimento em se cuidando de providência a cargo de órgão administrativo, o que não se verifica no presente cargo, posto não se enquadrar nas atribuições administrativas do Chefe do Executivo iniciativa que, caracterizadora de ato de Poder, desencadeia processo legislativo. (ADI nº 2061, p. 4)

Em 2007 a Corte proferiu decisão em que se firmou uma notável mudança jurisprudencial. O caso versava sobre a inércia legislativa referente ao §4º do art. 18 da CF/88 (com redação dada pela EC nº 15 de 1996), o qual previa a elaboração de lei complementar que definisse o procedimento para a criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios.

O STF atentou para o fato de que:

A Emenda Constitucional foi publicada no dia 13 de setembro de 1996. Passados mais de 10 (dez) anos, não foi editada a lei complementar federal [...]

Não se pode negar, portanto, a existência de notório lapso temporal a demonstrar, à primeira vista, a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar [...]. (ADI nº 3682/MT, p. 20)

⁶⁴ ADI 889/DF, Relator: Min. Maco Aurélio, Julgamento: 16/03/1994, DJ 22-04-1994, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

⁶⁵ Decisões proferidas até o ano de 2002. Nova procedência em ADO levada a plenário ocorreu apenas em 2007, ocasião na qual o tribunal proferiu decisão em sentido diverso.

⁶⁶ O caso trata da obrigatoriedade, imposta pelo art. 37, X, da CF, de revisão anual da remuneração dos servidores públicos por lei específica de iniciativa do chefe do executivo. Versam sobre o mesmo tema e compartilham o mesmo conteúdo decisório as seguintes ADI's: 2504, 2507, 2506, 2519, 2512, 2493, 2491, 2497, 2520, 2525, 2517, 2490, 2481, 2508, 2486, 2510, 2492, 2518, 2516, 2509, 2496, 2503, 2524, 2498, 2511.

Em manifestação, o Procurador-geral da República expôs que:

Em situações assim é mais do que recomendável a intervenção judiciária, como forma de chamar a atenção dos representantes do povo para o problema.

[...]

Soma-se [...] a ausência de lei [...] com a desconsideração do princípio federativo e da soberania popular para definir a gravidade do quadro de inconstitucionalidade retratado nos autos. (p. 21)

O caso em debate é dotado de particularidades, uma vez que havia, à época, inúmeros projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional. O primeiro deles foi apresentado logo após a promulgação da EC nº 15/96 e, por isso, segundo o STF, não haveria exatamente uma “total omissão legislativa”. (p. 22)

Estava-se diante do caso de *inertia deliberandi*, já abordado neste estudo (vide p. 23). Sobre a possibilidade de caracterização de omissão nesse caso, a Corte entendeu que:

O Supremo Tribunal Federal tem considerado que, desencadeado o processo legislativo, não há que se cogitar de omissão inconstitucional do legislador.

Essa orientação há de ser adotada com temperamento.

A complexidade de algumas obras legislativas não permite que elas sejam concluídas em prazo exíguo. [...] Essas particularidades da atividade parlamentar, que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam, todavia, uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. (ADI nº 3682/MT, p. 24)

Ao final, o Tribunal, além de declarar a mora e dar ciência ao poder omissor, fixou prazo de 18 meses para que uma lei complementar dispoendo sobre a matéria fosse editada, sob o argumento de que “as formas de decisão [...] parecem ser insuficientes para abarcar o complexo fenômeno da omissão inconstitucional”. (p. 27)

Observou, ainda, a Corte que:

Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável (...) até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando a realidade desses municípios⁶⁷. (p. 30)

Outro caso levado ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, no qual também se discutia a *inertia deliberandi*, teve desfecho diferente. Trata-se da ADO nº 22, julgada em 2015, e que versava sobre a regulamentação de propaganda de bebidas de teor alcoólico inferior a 13º GL (treze graus gay lussac).

⁶⁷ Ficaram vencidos os Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence por divergirem quanto à fixação de prazo. Demais presentes à sessão: Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Carmen Lúcia.

O Procurador-geral da República, qualificado como requerente, pugnava pela declaração da omissão parcial da Lei nº 9.264/1996 que regulamentou o artigo 220, §4º, da CF/88 e argumentava a existência de dois projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional sem que houvesse deliberações pelas Casas.

No entanto, a relatora consignou que:

Está demonstrado nos autos ter sido a matéria relativa à propaganda de bebidas alcoólicas objeto de amplos debates em ambas as Casas do Poder Legislativo brasileiro, que, no exercício de sua função legislativa, nos sete anos durante os quais tramitou o Projeto de Lei n. 4.556/1989, observou as normas do devido processo legislativo e, de forma legítima, aprovou a lei formal exigida pelo art. 220, § 4º, da Constituição da República: Lei n. 9.294/1996. Ainda que se possam considerar relevantes as razões sociais motivadoras do agir da Procuradoria-Geral da República no ajuizamento da presente ação, o pedido não pode prosperar. Tão importante quanto a preservação da saúde daqueles que se excedem no uso de bebidas alcoólicas e que poderiam consumi-las em níveis menores é a observância de princípios fundamentais do direito constitucional, como o da separação dos poderes.

Para afirmar omissão inconstitucional na espécie em tela, este Supremo Tribunal teria de analisar a conveniência política de normas legitimamente elaboradas pelos representantes eleitos pelo povo, ocupantes de cargos no Poder Legislativo e no Executivo, que, tendo recebido projeto de lei votado e aprovado na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, sem veto, sancionou e promulgou a lei em questão.

Reconhecer a insuficiência da Lei n. 9.294/1996, nos termos postos pelo Procurador-Geral da República, significa, a um só tempo, ultrapassar a barreira que fundamenta o princípio da separação dos poderes, cuja integração há se dar à luz dos princípios da harmonia e independência e, ainda, desconsiderar a validade também das normas criadas pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. (ADO nº 22, p. 35-36)

Acompanhando o voto da Ministra relatora Cármen Lúcia, Rosa Weber destacou que:

(...) a Lei nº 9294/96, quando se limita a normatizar a propaganda de bebidas alcoólicas, ao feito constitucional, àquelas que ostentam um teor alcoólico superior a treze graus Gay Lussac em absoluto traduz, a meu juízo, qualquer omissão legislativa capaz de ensejar a procedência de uma ação desse jaez – ação direta de inconstitucionalidade por omissão; traduz, isto sim, como foi muito bem acentuado no voto sempre brilhante da eminente Ministra Relatora, uma legítima escolha do legislador no exercício da liberdade de conformação que a própria tessitura constitucional, como também se destacou da tribuna, assegura à casa legislativa. (ADO nº 22, p. 52)

Por fim, o tribunal entendeu pela improcedência da ADO, diante da não caracterização de omissão inconstitucional da lei já existente e tampouco da omissão inconstitucional da inércia deliberativa.

Outro caso merecedor de análise é a ADI nº 1698, mediante a qual os partidos políticos requerentes pugnavam a declaração de omissão inconstitucional em relação à previsão constitucional de erradicação do analfabetismo e implementação do ensino fundamental obrigatório e gratuito a todos os brasileiros (arts. 6º, 23, V, 208, I e 214, I, da CF/88).

As alegações dos requerentes foram alvos de minuciosas análises do Supremo Tribunal Federal, o qual, inclusive, utilizou dados fornecidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística e do exame de políticas públicas existentes sobre o assunto.

Convém mencionar um dos trechos dos debates no plenário:

O senhor Ministro Ayres Britto: Eu acho que não cabe à Relatora dizer que tudo está sendo feito.

A senhora Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Eu acho que não cabe ao Supremo dizer o que mais pode ser feito.

O senhor Ministro Ayres Britto: O juízo objetivo da Relatora, calçado em elementos empíricos, é de que não houve demonstração da mora, da inércia.

A senhora Ministra Cármen Lúcia: [...] de fato, temos um problema gravíssimo no Brasil [...]. Esse quadro, no entanto, não demonstra uma inércia, uma inação, ou uma omissão nos termos constitucionalmente estabelecidos para fins de declaração da inconstitucionalidade. Foi o que me levou à conclusão.

O senhor Ministro Ayres Britto: É o quanto me basta para julgar, também, na linha do voto da Relatora, a improcedência da ADI. (ADI nº 1698, p. 23-25)

Ao final, a Corte decidiu pela improcedência da ADO, baseada em dados estatísticos e analíticos sobre as ações governamentais, os quais demonstravam a ação dos poderes públicos, e não sua inatividade.

2.3.2 O STF e os limites no Mandado de Injunção

Ampliando o rol de decisões da Suprema Corte quanto à omissão inconstitucional, passa-se a análise das deliberações ocorridas nos julgamentos de mandados de injunção. As decisões foram colhidas mediante solicitação eletrônica à Seção de Pesquisa de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁶⁸, adotando-se os seguintes filtros: Constituição Federal de 1988 (legislação), Pleno (órgão julgador), 05/10/1988 – 30/05/2016 (data de julgamento) e acórdãos (decisão de julgamento).

Da pesquisa efetuada foram colhidas 415 (quatrocentos e quinze) decisões, englobando, além das decisões principais proferidas em plenário, decisões secundárias na cadência processual. Tendo em vista o objetivo metodológico deste trabalho ser a análise de

⁶⁸ Solicitação de pesquisa nº 36726 efetuada por meio do endereço eletrônico pesquisa@stf.jus.br

decisões proferidas no julgamento principal do instrumento processual, fez-se nova filtragem processual, a qual resultou em 113 (cento e treze) decisões⁶⁹.

Das 113 ações colhidas, 74 foram alcançadas pelo indeferimento sem julgamento do mérito (não conhecidas, negadas seguimento, prejudicadas) e 39 foram julgadas procedentes (parcialmente ou totalmente procedentes)⁷⁰.

É possível observar que a jurisprudência pretoriana inicial denotava um caráter restrito, revelando-se dentre a corrente não concretista já citada. O primeiro mandado de injunção julgado parcialmente procedente foi o MI nº 219/DF, de relatoria do Min. Octavio Gallotti, discutido em sessão plenária em agosto de 1990. O caso versava sobre a omissão do Congresso Nacional na elaboração da lei complementar do artigo 45, §1º, da Constituição Federal e teve como impetrantes deputados estaduais da assembleia legislativa paulista.

Não obstante o mérito causídico, relatar-se-á aqui as discussões plenárias a respeito do mandado de injunção e seus alcances, já que sobre tais fatos prolongou-se o julgamento.

Desde o início colocou-se em pauta qual eficácia deveria ser atribuída ao mandado de injunção, optando a maioria dos ministros pela eficácia meramente declaratória, apenas para comunicar ao Congresso Nacional a sua mora e solicitar a adoção de providências para supri-la. Manifestavam-se em sentido contrário os ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio, sob o argumento que a Corte estava a atuar aquém do que o esperado pelos jurisdicionados e pela comunidade jurídica, uma vez que decisões não garantistas dos direitos, liberdades e prerrogativas deveriam estar adstritas, no caso da omissão, à ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Em pronunciamento, o Min. Néri da Silveira ponderou que:

[...] Estou certo de que, no concerto dos Poderes da República, o Congresso Nacional, recebendo a comunicação do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual há situação de mora na elaboração da lei complementar, não deixará de cumprir a sua missão constitucional de elaborá-la. Não estou, assim, entendendo que seja uma decisão sem eficácia possível a do Supremo Tribunal Federal. Todos sabemos que os Poderes da República coexistem de forma harmônica, e nunca uma decisão desta Corte foi descumprida por outro Poder da República. O que não cabe, efetivamente, é o Supremo Tribunal Federal se substituir, desde logo, ao Congresso Nacional [...]" (MI 112, p. 219).

⁶⁹ As decisões estão elencadas no "Anexo B", no final desse trabalho.

⁷⁰ MI's nºs 943/DF, 1083/DF, 795/DF, 788/DF, 758/DF, 712/PA, 708/DF, 712QO/PA, 721/DF, 695/MA, 562/RS, 611/SP, 585/TO, 485/MT, 584/SP, 587/MT, 588/MS, 278/MG, 621/MS, 542/SP, 543/DF, 472/DF, 430/DF, 457/SP, 470/RJ, 438/GO, 448/RS, 20/DF, 447/DF, 323/DF, 361/RJ, 384/RJ, 284/DF, 95/RR, 369/DF, 232/RJ, 283/DF, 219/DF e 107QO/DF. As demais decisões analisadas (Anexo B), foram alcançadas pelo indeferimento.

Nos anos seguintes o plenário da Suprema Corte ocupou-se basicamente de mandados de injunção sobre cinco temas: reparação econômica aos militares da aeronáutica (art. 8º, §3º, ADCT⁷¹), juros reais (art. 192, §3º, CF/88, com redação anterior à EC 40/2003⁷²), aviso prévio proporcional (art. 7º, XXI, CF/88⁷³), greve de servidores públicos civis (art. 37, VII, CF/88⁷⁴) e aposentadoria especial dos servidores públicos (art. 40, §4º, CF/88⁷⁵), tendo os três últimos ganhado mais conhecimento diante da popularidade das matérias.

Os mandados de injunção sobre a reparação econômica dos militares encontram-se dentre as principais decisões concernentes ao mandado de injunção e as características e possibilidades do instituto. O MI nº 283/DF, julgado em 1991, foi o primeiro que fixou prazo para o Congresso Nacional cumprir o dever constitucional de editar a regulamentação, nos seguintes termos:

[...]

a) declarar em mora o legislador [...];

⁷¹ Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Art. 8º. É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos. § 3º - Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição.

⁷² Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre: § 3º As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar. (Redação original)

⁷³ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei.

⁷⁴ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica.

⁷⁵ Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (...) § 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005) I portadores de deficiência; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005) II que exerçam atividades de risco; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005) III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada;

c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional decida, pelas perdas e danos que se arbitrem;

[...] (MI nº 283/DF, p. 1-2)

Nessa toada se manteve a decisão do Tribunal, entendendo prescindível nova comunicação e fixação de prazo para órgão omissor, e consagrando nos votos seguintes a possibilidade de que os particulares ajuizassem ação de reparação patrimonial, nos termos do direito comum (MI's nºs 284/DF, 384/RJ, 447DF, 543/DF⁷⁶ e 562/RS).

Sobre os jurois reais, o primeiro mandado de injunção a ter o mérito analisado pelo Tribunal Pleno do STF foi o MI nº 361/RJ, em 1994. Neste MI, assim como nos demais que chegaram ao plenário sobre tal matéria (nºs 323/DF, 470/RJ, 457/SP, 430/DF, 472/DF, 542/SP, 621/MS, 584/SP, 587/MT, 588/MS e 611/SP), houve uma discussão principal: se poderia o poder judiciário estabelecer prazo para o cumprimento das medidas necessárias pelo Legislativo. No entanto, nesses casos não houve a repetição do prazo estipulado no MI nº 283/DF, sendo apenas declarada a mora legislativa, nos seguintes termos:

[...]

A mora – que é pressuposto da declaração de inconstitucionalidade da omissão legislativa -, é de ser reconhecida em cada caso, quando, dado o tempo corrido da promulgação da norma constitucional invocada e o relevo da matéria, se deva considerar superado o prazo razoável para a edição do ato legislativo necessário à efetividade da Lei Fundamental; vencido o tempo razoável, nem a inexistência de prazo constitucional para o adimplemento do dever de legislar, nem a pendência de projetos de lei tendentes a cumpri-lo podem descaracterizar a evidência da inconstitucionalidade da persistente omissão de legislar.

III. Jurois reais [...]: passados quase cinco anos da Constituição e dada a inequívoca relevância da decisão constituinte paralisada pela dala da lei complementar necessária à sua eficácia – conforme já assentado pelo STF [...], declara-se inconstitucional a persistente omissão legislativa a respeito para que a supra o Congresso Nacional. (MI nº 361/RJ, p. 46)

As discussões a respeito do alcance da decisão do Supremo Tribunal, se concretistas ou não, cingiam os Ministros em dois grupos principais: do lado concretista estavam Carlos Velloso, Ilmar Galvão, Marco Aurélio, enquanto o outro era ocupado por Celso de Mello,

⁷⁶ Esse caso contém uma peculiaridade observada pelo Min. Marco Aurélio quando do julgamento do MI 543/DF, *in verbis*: “[...] num exame inicial, não podemos cogitar, em si, de omissão do Congresso, porque dois projetos foram aprovados. E aí houve os vetos dos Presidentes Itamar Franco e Fernando Henrique Cardoso”. Continuou o Min. Nelson Jobim: “[...] O Executivo vetou e o Congresso não rejeitou o veto, ou seja, não há omissão inconstitucional”. (p. 46)

Moreira Alves, Nelson Jobim, Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Francisco Rezek e Octávio Gallotti. O Ministro Néri da Silveira sustentou, até a sua saída, em abril 2002, posição intermediária, segundo a qual o Judiciário deveria estabelecer prazo para que o órgão legiferante adotasse as medidas necessárias e somente no caso de descumprimento poderia atuar a fim de dar concretude à norma.

Nos julgamentos dos mandados de injunção nºs 470/RJ e 472/DF, em 1995, o Ministro Celso de Mello aduziu que:

[...] O desprestígio da Constituição – por inércia de órgãos meramente constituídos – representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional, além de evidenciar o inaceitável desprezo das liberdades públicas pelos poderes do Estado.

Essa constatação, feita por KARL LOEWENSTEIN (“Teoria de la Constitucion”), p. 222, 1983, Ariel, Barcelona) coloca em pauta um fenômeno que ele denominou de erosão da consciência constitucional, que decorre do processo de desvalorização funcional da Constituição escrita. (MI nº 470, p. 7 e MI nº 472, p. 10)

A discussão sobre a omissão do poder legiferante ocupou os anos seguintes no mesmo sentido e, não obstante os que sustentavam a natureza constitutiva do mandado de injunção, a maioria mantinha posição diversa, mantendo-se o Supremo Tribunal Federal filiado a corrente não concretista também nos votos sobre as demais temáticas, quais sejam, sobre greve dos servidores públicos (MI’s nºs 20/DF e 438/GO, julgados entre 1994 e 1996, e MI nº 485/MT, em 2002) e em aviso prévio proporcional (MI’s nºs 369/DF e 95/RR, julgados em 1992, e MI nº 695/MA, em 2007).

Apesar de tal fato, havia manifestações contrárias entre os ministros da Corte. No MI nº 20/DF, no qual se discutia o direito de greve dos servidores públicos, o Ministro Marco Aurélio assentou que:

[...] continuo convencido de que ao mandado de injunção não se pode emprestar contornos próprios à ação direta de inconstitucionalidade por omissão sob pena de reconhecer a dualidade de institutos com o mesmo objeto. [...]

[...]

A razão de ser do mandado de injunção, em um corpo constitucional que contempla a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, está, repito, em viabilizar o exercício do direito reconhecido constitucionalmente e afastar as consequências desastrosas, inclusive à segurança na vida gregária, da omissão do legislador. (p. 37-38)

Apesar das ponderações, que foram acompanhadas pelo ministro Carlos Velloso, as decisões seguiram o curso declaratório, conforme se observa em decisão proferida no ano de 2002, no MI nº 485/MT:

Não merece acolhida, contudo, o pedido para que, na ausência de legislação pertinente, seja aplicada aos servidores públicos a Lei 7.783/89, dado que somente “quando a lei for omissa” caberá ao juiz decidir a questão de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (LICC, artigo 4º). No caso em exame, a hipótese não é de existência de lei omissa, mas de ausência de legislação específica para disciplinar a matéria pertinente ao exercício do direito de greve pelos servidores públicos. (p. 6)

No mesmo viés foram as decisões sobre aviso prévio proporcional. No MI nº 95/RR (1992), Celso de Mello assentou que “[...]. O mandado de injunção, pois, que tem caráter substantivo, fará as vezes da norma infraconstitucional ausente e integrará o direito ineficaz, ineficaz em razão da ausência da norma regulamentadora [...]”. (p. 81) Continuou o Ministro: “Ou se entende assim, ou se esvazia a norma constitucional”. (p. 82)

Nos MI’s nºs 369/DF e 95/RR, ambos julgados em 1992, o ministro Néri continuava a defender uma posição intermediária, com a declaração de mora e a fixação de prazo antes da atuação concretista do STF. Por seu turno, os ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso, Ilmar Galvão e Celso de Mello defendiam a imediata aplicação da norma, enquanto que os Ministros Francisco Rezek, Sepúlveda Pertence, Paulo Brossard, Octávio Gallotti, Sydney Sanches e Moreira Alves optavam apenas pela comunicação da mora ao órgão legiferante.

No biênio 2000/2002 o Tribunal contou com dois novos integrantes: a Ministra Ellen Gracie, a partir de novembro de 2000, em substituição ao Min. Octávio Gallotti e o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, a partir de maio de 2002, em substituição ao Ministro Néri da Silveira.

Ainda sobre o aviso prévio proporcional, no MI nº 695/MA, julgado em 2007, o ministro relator Sepúlveda Pertence atentou para o fato que:

O Congresso Nacional parece obstinado na inércia legislativa a respeito. Seria talvez a oportunidade de reexaminar a posição do Supremo quanto a natureza e a eficácia do mandado de injunção, nos moldes do que se desenha no MI 670 (INF/STF 430) [...]. (p. 5)

A despeito do trecho destacado, a decisão foi de cunho meramente declaratório, pois o pedido formulado requeria apenas a notificação do Congresso para suprir a omissão inconstitucional.

Não obstante, foi ainda no ano de 2007 que a jurisprudência pretoriana seguiu outros rumos. Isso porque no MI nº 721/DF, o qual versava sobre aposentadoria especial de servidores públicos, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito da impetrante em obter

a tutela jurisdicional, aduzindo o relator ministro Marco Aurélio que cabia à Suprema Corte, ao menos temporariamente, a suplantação dos limites do direito não efetivado até que a lei complementar prevista fosse editada.

Em decisão, o STF afirmou que, diante da omissão inconstitucional, a hipótese deveria ser abarcada pelas normas relativas à aposentadoria especial previstas no Regime Geral de Previdência Social (Art. 57, §1º, da Lei nº 8.213/91).

Nos anos seguintes ainda foram levados ao Pleno alguns mandados de injunção sobre a aposentadoria especial de servidores públicos civis, cuja decisão concretista havia sido ventilada em agosto de 2007, até que em abril de 2009 (MI nº 795/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia) o Supremo concedeu autorização para que a matéria fosse julgada monocraticamente.

Ainda sobre o assunto, em abril de 2014 a Suprema Corte aprovou a súmula vinculante nº 33 que autorizou da aplicação da regra de aposentadoria especial dos beneficiários do Regime Geral de Previdência Social a todos os servidores públicos enquadrados na hipótese prevista no artigo 40, §4º, da Carta Magna de 1988⁷⁷.

Assim, se o servidor público exerce atividade profissional sob condições especiais prejudiciais à sua saúde ou integridade física, poderá requerer à Administração Pública a aposentadoria especial que deverá ser analisada de acordo com os requisitos do RGPS, insculpidos na Lei nº 8.213/91⁷⁸.

Prosseguindo com as discussões, há, ainda, casos nos quais o poder judiciário foi acionado com o pedido de contagem recíproca de tempo de serviço no caso da aposentadoria especial.

A contagem recíproca ocorre quando o trabalhador beneficiário do Regime Geral de Previdência Social exerce atividades laborais não enquadradas como especiais, só passando a exercê-las em momento ulterior ou no caso contrário. Nesse caso, os períodos de exercício em atividades especiais e comuns têm de ser unificados, conforme as regras próprias de conversão expostas no §5º do art. 57 da Lei nº 8.213/91.⁷⁹

⁷⁷ A SV nº 33 abrange apenas a hipótese do inciso III do §4º da CF/88 (saúde ou integridade física), não sendo aplicável aos casos dos demais incisos, diante da falta de processos suficientes em debate no caso de deficientes e da pendência de julgamento de mandados de injunção sobre as atividades de risco quando da apresentação da proposta de súmula vinculante.

⁷⁸ De 2005 a 2013 o STF recebeu 5.219 MI's e, desse total, 4.892 (94% versavam sobre a regulamentação do artigo 40, §4º, da CF/88. Tais informações foram obtidas através de solicitação do ministro Teori Zavascki, explicitada nos debates de aprovação da Súmula Vinculante nº33. Ao todo, quinze MI's foram citados como precedentes na PSV nº 45, apresentada em junho de 2009 pelo Ministro Gilmar Mendes. São eles: MI's 721, 758, 795, 797, 809, 828, 841, 850, 857, 879, 905, 927, 938, 962 e 998.

⁷⁹ Para informações sobre as regras de conversão, ler o decreto nº 53.831/64 e o art. 70 do Decreto nº 3.048/99.

Frise-se, no entanto, que essa hipótese se aplica tão somente aos trabalhadores vinculados ao RGPS, em virtude da omissão inconstitucional quanto à regulamentação da aposentadoria especial dos servidores públicos vinculados ao Regime Próprio de Previdência Social.

A esse respeito a Corte foi chamada a se manifestar em sede de novos mandados de injunção impetrados. Em última decisão proferida no MI nº 3.162/DF, o STF negou provimento ao pedido, sob o fundamento de que o art. 40, §4º, da Carta Magna dispõe acerca do direito constitucional à aposentadoria especial dos servidores públicos e não sobre a contagem de tempo de serviço diferenciado.⁸⁰

Assim, sustentou o Tribunal que a omissão legislativa não está configurada, uma vez que não há previsão constitucional do direito de conversão do tempo de serviço. Diante da ausência de um dos requisitos de cabimento da ação de mandado de injunção, qual seja, a comprovação da inviabilidade do direito constitucional decorrente da ausência de norma regulamentadora, foi negado provimento ao MI nº 3.162/DF.⁸¹

Há de se observar, com cautela, que o poder judiciário não julgou o mérito da ação, atendo-se ao consenso de inadequação da medida impetrada para a discussão do mérito, em virtude da ausência de omissão inconstitucional.

Apesar do entendimento firmado pelo Pleno, o ministro Marco Aurélio, acompanhado por Luís Roberto Barroso, expuseram que após a decisão plenária no mesmo sentido em injunções anteriores, o INSS deixou de admitir a averbação da conversão do tempo especial em comum, ocasionando uma confusão prática. De acordo com seus entendimentos, o STF não consignou a inexistência do direito material, mas apenas a inadequação da ação e, com a confusão firmada a partir de então, o tribunal deveria se pronunciar.

O ministro Marco Aurélio se manifestou no sentido do provimento do pedido da impetrante, em virtude da transgressão do princípio magno do tratamento igualitário. Para ele,

⁸⁰ MI nº 3.162/DF: Elizabeth Eugenio de Mello Oliveira x Presidente da República. O julgamento ocorreu março de 2011, havendo a oposição de embargos de declaração pela impetrante, recebido e julgado como agravo regimental em setembro de 2014. Julgamento pelo desprovimento, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Luis Roberto Barroso, que pugnaram pelo provimento e aplicação das regras de conversão do Regime Geral aos servidores públicos. Precedentes: MI 1.280-ED, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, DJe 28/03/2010; MI 2.195-AgR, Rel. Min. Carmém Lúcia, Plenário, DJe 18/03/2011; MI 2.637, Rel. Min. Teori Zavascki, Plenário, DJe 19/03/2013. MI 3.489-AgR, Rel. Min. Carmém Lúcia, Plenário, DJe 28/05/2013.

⁸¹ A Relatora Min. Carmém citou em suas razões trecho de voto do MI nº 2.123-AgR, DJe 01/08/2013, que teve o Min. Dias Toffoli como Redator. *In verbis*: [...] 3. O preceito constitucional em foco na presente demanda não assegura a contagem diferenciada do tempo de serviço e sua averbação na ficha funcional; o direito subjetivo corresponde à aposentadoria em regime especial, devendo esta Suprema Corte atuar na supressão da mora legislativa, cabendo à autoridade administrativa a análise de mérito do direito, após exame fático da situação do servidor público.

quando o Tribunal convencionou a aplicação das regras da aposentadoria especial do Regime Comum aos servidores públicos, não houve ressalvas. Dessa forma, não se justifica o tratamento diferenciado no que tange à contagem diferenciada do tempo de serviço, devendo ser estendida aos servidores públicos, já que a matéria de fundo é a aposentadoria especial. No mérito, o ministro Ricardo Lewandowski também se manifestou favoravelmente. Porém, ao final foi consignada a inadequação do mandado de injunção para analisar a matéria pretendida.

Dois meses após o julgamento do MI nº 721/DF (ocorrido em agosto de 2007), mais duas decisões concretistas foram proferidas pela Corte, dessa vez sobre o direito de greve dos servidores públicos, nos MI's nºs 708/DF e 712/PA. A questão levantada pelo Min. Eros Grau foi: “[...] presta-se, esta Corte, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia?” (p. 394)

Em virtude de reiteradas decisões em sede de omissão inconstitucional e da permanente inércia legislativa, o STF respondeu negativamente à indagação formulada e, por isso, dispôs que deveria ser aplicado aos servidores públicos as disposições da Lei nº 7.783/1989 (que regula a greve dos trabalhadores em geral), devendo haver regramento específico em determinados pontos.

Em manifestação em voto-vista no MI nº 712/PA, que teve o julgamento iniciado em junho de 2006, o ministro Gilmar Mendes ponderou:

[...] não vejo mais como justificar a inércia legislativa e a inoperância das decisões dessa Corte.

Comungo das preocupações quanto à não assunção pelo Tribunal de um protagonismo legislativo. Entretanto, parece-me que a não atuação no presente momento já se configuraria quase como uma espécie de “omissão judicial”.

[...]

Nesse contexto, não se pode considerar simplesmente que a satisfação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis deva ficar submetido a juízo de oportunidade e conveniência do Poder Legislativo.

[...]

No mérito, acolho a pretensão tão-somente no sentido de que se aplique a Lei nº 7.783/1989 enquanto a omissão não seja devidamente regulamentada por Lei específica para os servidores públicos.

Nesse particular, ressalto ainda que, em razão dos imperativos da continuidade dos serviços públicos, não estou a afastar que, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto e mediante solicitação de órgão competente, seja facultado ao juízo competente impor a observância a regime de greve mais severo em razão de se tratarem de “serviços ou atividades essenciais”, nos termos dos arts. 10 e 11 da Lei nº 7.783/1989.

[...] não acho que, a priori, a partir da verificação da omissão, deva o Tribunal imiscuir-se, na esfera legislativa, a desde logo produzir normas. Evidentemente, há todo um quadro de institucionalidade a ser respeitado. (MI nº 712/PA, p. 432-438)

O ministro Carlos Britto, por sua vez, também se manifestou: “A pior das omissões é a nossa. Não podemos responder a uma norma constitucional de eficácia limitada com uma decisão judicial de eficácia limitada”. (MI nº 712/PA, p. 458)

Expôs, ainda, que “[...]. Não há uma função normativa quando decidimos nesse caso. Baixamos um provimento, tomando por empréstimo uma lei fruto da atividade legislativa do Congresso Nacional”. (MI nº 712/PA, p. 460)

Sepúlveda Pertence, que sustentava na linha não concretista desde o início das atividades do Supremo Tribunal Federal, manteve sua posição e afirmou que a Corte estava a legislar, ainda que tomando por empréstimo a lei aplicável aos trabalhadores gerais. Segundo Pertence, a lei é clara no sentido de não ser aplicável aos servidores públicos civis, motivo pelo qual prosseguir em sentido diverso seria “uma forma abreviada de legislar”. (MI nº 712/PA, p. 461)

Em contrapartida, o ministro relator Eros Grau aduziu que a Corte atua no exercício de guardião da Constituição e em sua defesa, fazendo prevalecer o que nela consta. Para o ministro Ricardo Lewandowski, a adoção dessa corrente “sustenta-se, essencialmente, na preocupação em conceder-se plena efetividade às normas constitucionais e na aceitação de um modelo de separação de poderes mitigado”. (MI nº 712/PA, p. 477)

Prossegue Lewandowski:

[...] é preciso superar uma visão estática, tradicional, do princípio da separação dos poderes, reconhecendo-se que as funções que a Constituição atribui a cada um deles, na complexa dinâmica governamental do Estado contemporâneo, podem ser desempenhadas de forma compartilhada, sem que isso implique a superação da tese original de Montesquieu. (MI nº 712/PA, p. 478)

Quanto à inatividade do legislador, o ministro Pertence fez importantes considerações:

[...] Muitas vezes a demora do processo legislativo não é um problema de inércia, não é um problema de falta de vontade de legislar; é a impossibilidade política de chegar-se a uma formula aceita. E isso é do jogo democrático. E isso é, sobretudo, a grande virtude do processo legislativo democrático.

Mas – [...] – há inércia e inércia.

E esta é uma inércia, a meu ver, abusiva e geradora [...] de uma anomia de relevo gritante. [...] (MI nº 712/PA, p. 525-526)

Em discussão sobre os limites da decisão judicial, o ministro Menezes de Direito observou que a mera comunicação ao órgão omissor revela-se um compromisso formal que já se mostrou ineficaz.

Além do MI nº 712/PA, foi colocado em pauta e julgado conjuntamente o MI nº 708, de relatoria do ministro Gilmar Mendes. Ao final, em outubro de 2007, havia duas proposições principais: para o ministro Ricardo Lewandowski a Corte deveria indicar, no caso concreto, as regras que regeriam o direito até então obstado e teria eficácia *inter partes*. Para Gilmar Mendes deveriam ser utilizados os instrumentos já disponíveis no direito positivo para a integração da ordem jurídica e a decisão teria eficácia *erga omnes*.

Ao final a Corte decidiu majoritariamente de acordo com o posicionamento sustentado pelo ministro Gilmar Mendes, ocasião na qual também estabeleceu os parâmetros de definição de competência para a apreciação de dissídio de greve entre o Poder Público e os servidores estatutários.

2.4 A separação de poderes e a possibilidade do controle judicial das omissões legislativas

O controle judicial de constitucionalidade é, desde o seu surgimento, objeto de debates e críticas. Nesse passo, a atuação do poder judiciário e os limites pertinentes à cada poder, ou, ainda, os limites entre o político e o jurídico, parecem padecer de definições diante da complexidade temática.

As ponderações de Ronald Dworkin, jurista norte-americano, acerca de temas sensíveis envolvendo direito e política em muito contribuíram para os debates contemporâneos sobre os papéis desempenhados pelos poderes governamentais.

A teoria jurídica de Dworkin tem seu núcleo definido pelas ideias de comunidade de princípios e direito como integridade. Segundo o autor, para entender a prática jurídica deve-se observar o ideal da integridade, cuja função é estabelecer limites ao Estado ao declarar “como as práticas da comunidade devem ser modificadas para servir mais coerentemente e compreensivamente a uma visão de justiça social que ela adotou”. (DWORKIN, 2005, p. 34)

De início a teoria dworkiana apresenta os princípios da liberdade e da igualdade como justificadores da democracia e do direito. Para ele a integridade está no mesmo plano da justiça e da imparcialidade, considerando-a a virtude do argumento jurídico e, além disso,

uma virtude moral na esfera política⁸². Assim, a integridade requer uma sintonia precisa entre o que é exigido pela justiça⁸³ (virtude moral) e pela consistência da tomada de decisões (virtude do argumento jurídico). Dworkin aduz que:

O senso de qualquer juiz acerca da finalidade ou função do direito, do qual dependerá cada aspecto de sua abordagem da interpretação, incluirá ou implicará alguma concepção da integridade e coerência do direito como instituição, e esta concepção irá tutelar e limitar sua teoria operacional de ajuste (*fit*) – isto é, suas convicções sobre em que medida uma interpretação deve ajustar-se ao Direito anterior, sobre qual delas e de que maneira.⁸⁴ (DWORKIN, 2005, p. 46).

O argumento jurídico deve, segundo Dworkin, se referir ao direito que cada pessoa tem de ser tratada como igual. Não é o mero consenso ou a sua ausência que serve de critério para determinar objetivamente qual é a interpretação correta de uma norma ou mesmo a melhor concepção de um conceito. Uma interpretação é melhor não porque é aceita pela maioria, mas porque em seu apoio existe uma melhor justificação ou argumentação racional, satisfazendo o ideal da integridade.

Deixar de pensar no estudo do direito como o estudo de um conjunto de regras a serem aprendidas e adotar uma “postura argumentativa” é uma das principais contribuições de Dworkin. Para Dworkin, o direito é uma entidade viva e isso significa que impõe obrigações morais diretamente para que os indivíduos se conformem às suas exigências.

A fusão dos materiais jurídicos e da teoria moral é atingida na ideia de integridade, segundo a qual o direito deve ser sempre criado ou interpretado de maneira a formar um todo integral. É nesta concepção de direito como integridade que está pautada a ideia da função judicante como semelhante ao exercício literário de escrita de um “romance em cadeia”.

Considerando o ideal da integridade e a dimensão moral do direito, Dworkin produziu uma longa reflexão sobre a relação entre revisão judicial e democracia. A teoria do direito e da prestação jurisdicional de Dworkin propõe um método de interpretação que, a partir da distinção entre argumentos de princípio e de política, almeja uma resposta certa para os casos difíceis.

O autor vincula o conceito de direito à prestação jurisdicional, aduzindo que “direito é uma questão de direitos defensáveis no Tribunal” (2005, p. 118). Por conseguinte, é

⁸² Dworkin afirma que “A justiça [...] é uma questão do resultado correto do sistema político: a distribuição correta de bens, oportunidades e outros recursos. A imparcialidade é uma questão da estrutura correta para esse sistema, a estrutura que distribui a influência sobre as decisões políticas da maneira correta”. (2014, p. 179).

⁸³ Para o autor o interpretativismo apresenta um ideal a favor da integridade, equivalente ao ideal da justiça.

⁸⁴ Sobre a ligação entre a política e o direito, Dworkin afirma que a intencionalidade do direito é política e que, portanto, a interpretação jurídica se reporta a uma hipótese política.

responsabilidade do magistrado atribuir à decisão judicial uma dimensão argumentativa de tipo superior que se traduza na moralidade imanente aos direitos individuais. (GUEST, 2010)

As diferentes posturas a respeito da ação do juiz estão enraizadas em dois tipos de Estado de Direito, quais sejam, o baseado no livro das regras (*rulebook conception*) e o compreendido como protetor de direitos no sentido forte (*rights conception*). Nesta última acepção, o juiz é considerado não apenas como mero aplicador das regras, mas também como o guardião de princípios.

O ideal dworkiano da dimensão moral do direito advém do fato de que nem sempre a solução para o conflito está posta no texto legal, o que não revela a inexistência do direito, pois este pode derivar não somente da norma, mas também dos princípios morais integrantes da teoria política do governo. Cabe ao juiz encontrar a melhor resposta possível à luz de uma interpretação construtiva da história, da tradição, dos precedentes e da moralidade política. A decisão judicial que considera diversos fatores na busca da resposta correta contribui, portanto, para a democracia. (DWORKIN, 2006)

A concepção do juiz como guardião de direitos é alvo de inúmeras críticas, sob o argumento de carência de legitimidade e da transformação do Judiciário em um legislador positivo. Dworkin rejeita tais afirmações e chama a atenção para a diferenciação entre argumentos de princípio e argumentos de política.

Segundo o autor, os argumentos de princípio são os que justificam a decisão por meio do direito moral do indivíduo, ao passo que os argumentos de política justificam a decisão em função de algum objetivo coletivo (bem-estar social, por exemplo). Enquanto a decisão política pode exigir os dois tipos de justificação, a decisão judicial será fundamentada apenas em argumentos de princípios. (DWORKIN, 2006)

Portanto, quando os juízes ultrapassam decisões políticas fundamentados em argumentos de princípio não podem ser considerados legisladores positivos. Essa distinção é o cerne do ideal de integridade exposto por Dworkin. O argumento de princípio é embasado em um direito moral, devendo ser considerado como um trunfo sobre as decisões majoritárias. Aqui reside a expressão “levar os direitos a sério” segundo a qual numa comunidade de princípios os direitos morais são a barreira em face da maioria.

O direito como integridade afasta a concepção de direito como mero instrumento formal de decisão, exigindo que o juiz desenvolva um denso raciocínio jurídico (moral, argumentativo, interpretativo e construtivo) visando o bem-estar geral.

Respondendo à crítica de carência de legitimidade do Judiciário, Dworkin aduz que decisões adequadamente fundamentadas em argumentos de princípio não dependem do tipo

de legitimação subjacente à decisão majoritária. Isso porque em uma comunidade de princípios, as decisões consideram, em primeiro plano, o sujeito como membro moral para só depois basear as decisões em argumentos de política e no bem-estar coletivo.

A teoria jurídica do norte-americano, pautada na comunidade de princípios e no direito como integridade, arquiteta o que ele denomina de “leitura moral da Constituição”. Dworkin propõe que as cláusulas abertas que permeiam as constituições sejam aplicadas a partir do entendimento de que “evocam princípios morais acerca da decência e da justiça”. (DWORKIN, 2006, p. 23)

A possibilidade de o juiz decidir sobre questões sem tratamento legal, que por si só já é alvo de ataque dos positivistas, tem seus debates intensificados em virtude da revisão judicial (*judicial review*). O controle judicial introduz uma ação ainda mais ampla do Judiciário, uma vez que admite que a Corte recuse a aplicação de uma lei por considerá-la inconstitucional.

A extensão da teoria da decisão judicial de Dworkin para o controle de constitucionalidade é de grande temor dos opositores de Dworkin sob o fundamento da possibilidade que o juiz contrarie a vontade democrática e a substitua por sua vontade individual. Porém, Dworkin sustenta que a leitura moral não confere esse poder aos juízes, pois as decisões valorativas exigidas pelas cláusulas abertas não são aleatórias. A interpretação jurisdicional será influenciada pela linguagem da norma e pela própria Constituição. Nesse ponto, Dworkin sustenta haver apenas uma maneira de impor limites aos juízes: o argumento de princípio. (2006)

As decisões devem ser justificadas por meio de argumentos de princípios de forma explícita a fim de dar espaço para críticas externas. Dessa forma, “ao admitir que a interpretação constitucional exige juízo moral, de modo explícito e assumido, o juiz se abre para o confronto de argumentos, em vez de disfarçar esse juízo sob a roupagem tecnicista”. Essa é, para ele, a fonte de legitimidade do juiz. (DWORKIN, 2006, p. 31)

Além disso, o autor aponta duas formas de limitação à leitura moral dos juízes: que as decisões se harmonizem à estrutura constitucional e às decisões passadas (integridade e história).

Sendo assim, a interpretação jurisdicional deve ser analisada sob o foco de duas dimensões: adequação/ajuste (elo do juiz com a tradição histórica) e justiça (no caso de mais de uma leitura, deve o juiz optar pela melhor resposta possível).

Para Dworkin, o controle de constitucionalidade seria a grande virtude da constituição americana, a ferramenta que proporciona um isolamento das questões relativas

aos direitos individuais, protegendo-lhe da batalha política a fim de assegurar o direito de liberdade.

Sobre a liberdade, o autor propõe a análise do que a democracia realmente é e propõe uma noção de democracia na qual a maioria nem sempre tem o direito de governar, uma vez que, segundo o autor, o objetivo supremo da democracia não é atender a vontade da maioria. As decisões devem ser tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e práticas tratem todos os membros da comunidade como indivíduos, com igual consideração e respeito, ideia esta resumida no papel contramajoritário do Tribunal Constitucional. (DWORKIN, 2006).

Dworkin aduz, ainda, que para que nós possamos reconhecer uma decisão da maioria como nossa, é indispensável que haja filiação moral. Mesmo que pessoalmente alguém possa discordar de determinada decisão majoritária, assumirá essa decisão como sua porque lhe foi dispensado absoluto respeito na condição de indivíduo com igual status e dignidade. Assim, nesse contexto, a democracia está fundada na filiação moral.

Dworkin pressupõe que a regra da maioria, por si só, não gera democracia comunal, não desperta filiação moral, uma vez que a premissa majoritária simplesmente orienta um método de tomada de decisões.

Para o autor as instituições devem fornecer três elementos ao cidadão para que ele se veja tratado com igual consideração e respeito (condições de filiação moral/condições democráticas): participação, traduzida na noção de que cada cidadão desempenha um papel genuíno que lhe permita fazer a diferença, como, por exemplo, o sufrágio universal e a liberdade de manifestação; reciprocidade, segundo a qual o indivíduo só será membro moral se as decisões o tratarem com igual consideração; e, por fim, a independência, entendida como o modo de conciliar o julgamento individual com a responsabilidade coletiva. Uma boa comunidade política não pode ditar o que seus cidadãos pensam, mas precisa proporcionar circunstâncias que o encorajem a formar suas próprias convicções, formando agentes morais independentes.

A leitura moral é uma teoria sobre o que significa a constituição. Assim, a decisão deve consistir na melhor interpretação possível da prática constitucional, revogando uma decisão legislativa apenas por meio de argumento de princípio. A integridade ordena que ele mantenha um elo de coerência com o passado, mas não hesite em fazer um novo julgamento moral quando considerar justificado em virtude de uma melhor interpretação.

Para Dworkin não há saída que escape da leitura moral, a diferença está entre aqueles que a admitem e aqueles que a mascaram, conscientemente ou não. A fuga da deliberação moral explícita termina em deliberação substantiva disfarçada.

Defensor de posicionamento contrário, o jurista e professor norte-americano Jeremy Waldron⁸⁵ é um dos principais opositores ao controle judicial das leis. Sua crítica é baseada em dois argumentos principais: na ilegitimidade democrática do controle judicial e no descrédito que confere à tese de que por meio dele os direitos são melhores ou mais protegidos.

Waldron afirma que, ao privilegiar a votação por maioria entre um pequeno número de juízes, o controle judicial revoga o direito de voto dos cidadãos e deixa de lado os princípios da representação e da igualdade política⁸⁶.

John Locke também expôs em sua teoria política liberal da supremacia legislativa, abordada na sua obra “Dois tratados de governo”, que o controle judicial da legislação é inapropriado como um modo de decisão final numa sociedade livre e democrática.

Em países que não permitem a invalidação da lei pelo controle judicial o povo pode decidir o que aprovar ou não mediante processos legislativos ordinários. Na falta de consenso, representantes podem ser eleitos para deliberarem sobre os assuntos e decidirem por meio de votação no Legislativo, como aconteceu na Grã-Bretanha na década de 1960, quando o Parlamento deliberou sobre o aborto, a conduta homossexual e a pena capital⁸⁷.

Waldron aduz que a revisão judicial pode até ser necessária como uma medida protetiva contra patologias legislativas relacionadas à sexo, raça ou religião em alguns países. Mas, ainda que assim seja, deve-se avaliar se esse tipo de defesa atinge o cerne da questão ou deve ser considerado como medida excepcional para frear a tendência de seguir um argumento normativo contra a prática.

⁸⁵ Professor de direito da Universidade de Columbia e da Universidade de Nova York. Apesar de já ter abordado o assunto diversas outras vezes, Waldron justifica o novo trabalho em “*The core of the case against judicial review*” ao dizer que pretende identificar o argumento central da crítica ao controle de constitucionalidade, independentemente das questões históricas, dos efeitos das decisões (se bons ou ruins) e da forma dos juízes efetuarem o controle (se deferente ou ativista).

⁸⁶ A crítica sobre a ilegitimidade política democrática foi abordada também por Alexander Bickel, em seu livro “*The Least Dangerous Branch*” (1986), o qual resumiu essa questão na chamada “dificuldade contramajoritária”. Para ele, essa dificuldade pode ser mitigada mostrando que os procedimentos legislativos em vigor não representam propriamente a maioria. No entanto, o autor afirma que nada pode alterar a realidade essencial que o controle judicial é uma instituição desviante da democracia americana.

⁸⁷ Waldron afirma que tais decisões, assim como outras semelhantes em outros países, tornam sem sentido a crítica liberal dos favoráveis ao controle judicial no sentido de que os legisladores são incapazes para decidirem esse tipo de responsabilidade sob o argumento de que as maiorias populares não iriam defender os direitos das minorias.

Segundo o autor, o *judicial review* não fornece um caminho para a sociedade focar nas questões em pauta quando os cidadãos discordam sobre direitos. Pelo contrário, causa uma distração sobre problemas secundários (*side-issues*) sobre precedente, texto e interpretação.

O sistema alvo das críticas de Waldron é o controle forte de constitucionalidade. Nesse sistema os tribunais têm autoridade para recusar a aplicação de uma norma ao caso particular, ainda que haja previsão expressa de aplicação. Além disso, podem modificar o efeito da lei para adequá-la aos direitos individuais ou estabelecer como questão de direito a não aplicação de uma lei ou norma.

Tanto o controle feito por tribunais comuns quanto o realizado por um Tribunal Constitucional são alvos de críticas do jurista. Para ele, quando realizado por tribunais comuns, os juízes são altamente influenciados por argumentos morais e nos casos de controle pelo Tribunal Constitucional, os juízes se preocupam com o desenvolvimento de suas próprias doutrinas e precedentes.

Importante ressaltar que as objeções apontadas contra a revisão judicial requerem quatro pressupostos elencados pelo próprio autor, quais sejam: uma sociedade com instituições democráticas, instituições judiciais, compromisso com direitos e discordância sobre direitos. (WALDRON, 2006)

O primeiro pressuposto requer a existência de instituições democráticas em razoavelmente bom trabalho legislativo, incluindo a representação por sufrágio universal, a representatividade eleitoral, um corpo deliberativo, um processo responsável para a deliberação de leis, um sistema bicameral, o amplo debate e a igualdade política.

No tocante às instituições judiciais, estas devem estar em razoavelmente bom estado, criadas em uma base não representativa para analisar ações individuais, solucionar disputas e defender o Estado de Direito. Os tribunais devem ser estáveis e independentes, ser compostos por membros não eleitos e amplo corpo decisório (com alto status político e posição que os isole de pressões políticas), ter capacidade para revisarem a legislação, prever a hierarquia entre eles e a possibilidade de recurso.

Como terceiro pressuposto o autor aponta o comprometimento social com a ideia de direitos individuais e direitos das minorias. A maioria dos membros da sociedade acredita na busca do bem geral e na regra da maioria como princípio geral político, mas também aceita que certos indivíduos têm interesses e direitos a certas liberdades que não devem ser negados porque seria conveniente para a maioria lhes negar. Assim, a maioria acredita que a minoria

tem direito a um certo grau de apoio e reconhecimento que não é necessariamente garantido por seus membros ou por seu peso político.

Por fim, o último pressuposto para embasar as críticas ao controle de constitucionalidade é a persistência e boa-fé dos membros da sociedade com a ideia de direito quando houver desacordo sobre seus limites e implicações. O desacordo sobre direitos é em nível filosófico combinado com a legislação, denominado por Waldron de questões divisoras de águas (*watershed issues of rights*). (2006)

Considerando uma sociedade na qual todos os quatro pressupostos citados alhures são identificados, como, por exemplo, no sistema brasileiro, as críticas ao controle de constitucionalidade podem ser aplicadas.

A necessidade de resolver conflitos gera um confronto também na esfera legislativa, na qual os representantes democráticos tentam chegar a um consenso na melhor forma de solução. Ocorre que nem sempre é fácil para o legislador identificar quais questões de direitos serão incorporadas numa proposta legislativa e tampouco prever quais questões poderão surgir com a aplicação da lei.

Nesse contexto, o controle de constitucionalidade é um mecanismo útil para possibilitar que os cidadãos levem as questões que surgirem ao conhecimento de todos. Porém, para Waldron esse argumento é plausível e aplicável apenas nos sistemas de controle judicial fraco⁸⁸, pois no controle forte a questão de direito abstrata é resolvida da maneira que o tribunal acha apropriada.

O autor considera que o legislador é amplamente consciente das questões de direito que o projeto de lei dá ensejo e, no momento da deliberação para solucionar tais questões, o legislador toma partido por um dos lados da divergência.

As questões apresentadas por ele são: quando a solução do legislador deve ser impositiva/dispositiva e quando há razão para haver uma segunda posição, e talvez uma superação pelo Judiciário?

Para a solução, Waldron sustenta a necessidade de um procedimento de decisão legítima como resposta ao problema da discordância moral: a complementação da teoria dos direitos com uma teoria da autoridade. Apesar da divergência entre membros da sociedade, o jurista diz que é preciso a concordância a respeito de uma teoria de legitimidade dos procedimentos de decisão de desacordo. (WALDRON, 2006)

⁸⁸ No qual, por exemplo, o tribunal emite uma declaração de que há uma importante questão de direito em pauta, como no Reino Unido. Ou em sistemas de controle ainda mais fracos nos quais o procurador-geral tem o dever apartudário de analisar as propostas legislativas e publicamente identificar as questões de direito que elas levantam.

Fato é que não raras vezes a atuação da Corte é criticada em virtude da extrapolação dos limites montesquianos tradicionais de sua competência de legislador negativo.

Depreende-se da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a tentativa de conciliação entre a inafastabilidade da tutela jurisdicional e a separação de poderes. O Tribunal, em repetidas decisões, afirma a necessidade de respeito ao postulado constitucional da divisão funcional, aduzindo, ainda, que o exercício de funções atípicas é por vezes justificado para garantir o gozo dos direitos pela comunidade, sem que isso caracterize violação ao postulado constitucional.

O desafio enfrentado pelo Tribunal é dimensionar o controle a fim de encontrar um ponto de equilíbrio entre essa prerrogativa e o princípio da separação de poderes. Diante disso, os ministros da Suprema Corte têm atuado com cautela ao exercerem o controle da omissão legislativa, especialmente durante os primeiros dezoito anos de vigência da Carta da República de 1988.

A atuação mais concretista da Corte tem sido classificada como um protagonismo legislativo do Judiciário, por vezes denominada de ativismo judicial, enfrentando duras críticas a esse respeito. Não obstante o senso comum associe a omissão legislativa com o ativismo judicial, a expressão requer um uso mais zeloso e comedido.

Nos mandados de injunção e nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, bem como nos demais instrumentos de controle de constitucionalidade das leis, as decisões podem ou não ser classificadas como ativistas e, ainda que assim o sejam, podem ser qualificadas tanto negativamente quanto positivamente.

2.4.1 O ativismo judicial e a (in) determinação de seus elementos caracterizadores

A expressão “ativismo judicial” surgiu pela primeira vez em artigo do jurista e professor de Harvard, Arthur Schesinger Jr., publicado na revista *Fortune* em 1947. O autor analisou as posições ideológicas dos membros da Suprema Corte norte-americana e suas divergências pessoais e intitulou três juízes como autocontidos ou “campeões da autocontenção” e quatro como ativistas judiciais⁸⁹, ausentes quaisquer níveis de tecnicidade para tais considerações. Schesinger cunhou expressões que, em sua análise superficial, apontavam tão somente para os juízes que tendiam a manter as posições do governo e aqueles que votavam por decisões divergentes considerando a noção de bem social.

⁸⁹ Foram denominados de “ativistas” por Athur Schesinger os juízes Black, Douglas, Murphy e Rutledge e, em contraposição, como “campeões da autocontenção”, os juízes Frankfurter, Jackson e Burton.

O momento do país não era de calma. Após a quebra da bolsa de Nova Iorque, ocorrida em 1929, os Estados Unidos encontravam-se em forte recessão econômica e sobre uma política de intervenção estatal implantada pelo governo Roosevelt. O período do “New Deal” gerou também a expansão de sua nomenclatura à Suprema Corte norte-americana, que ficou conhecida, à época, como “New Deal Court”. Tal fato se deve a postura a favor das liberdades civis, principalmente em prol do direito de propriedade e em contrária à intervenção do Estado na ordem econômica do país, gerada pela ocupação de sete assentos na Suprema Corte indicados por Roosevelt. Ademais, o ingresso de novos ministros na Suprema Corte no período pós segunda guerra gerou uma maioria conservadora em constantes conflitos com a composição remanescente. (LEITE, 2015)

Fato é que desde a publicação do artigo de Schesinger a expressão é usada de forma indiscriminada, por críticos ou por seus defensores, sem maiores ensaios sobre o que significa e, muito menos, como pode ser caracterizada. Além disso, com a divisão feita por Schesinger, a autocontenção dos juízes gerou a sua expressão correspondente e antagônica ao ativismo, conhecida como passivismo judicial. (BRANCO, 2011)

A falta de questionamento conceitual contribui, não raras vezes, ao desleixo conotativo de expressões empregadas com larga carga emocional, seja pejorativamente ou não, sem o zelo indispensável de uma análise jurídica com a máxima objetividade possível.

Ao que parece, todos querem opinar a respeito do que entendem ser o ativismo judicial, gerando uma vasta carga de análises desencontradas.

Dworkin considera o ativismo e o passivismo inaceitáveis por desconsiderarem a integridade. No entanto, a integridade é maculada de acordo com a visão adotada do que seria o ativismo judicial. Para Dworkin, juízes ativistas desconsideram a cultura política, a história constitucional, o seu texto e os precedentes da Suprema Corte, ignorando todos os liames preestabelecidos na tentativa de impor um ponto de vista divergente o que é a justiça.

O jurista Peter Irons argumenta que os discursos jurídicos são sempre enquadrados como ativistas, uma vez que atendem as conformidades de uma agenda política, ainda quando sejam tendenciosos à autocontenção judicial. Assim, a majoritariedade no processo democrático é enfraquecida. (*apud* BRANCO, 2011)

Por sua vez, Peter Haberle, em defesa do ativismo, sustenta que o seu exercício pelos tribunais fortalece a República, na medida em que forçam os demais poderes a atuarem a fim de saudarem os preceitos constitucionalmente estabelecidos. (*apud* BRANCO, 2011)

Em posição oposta, Elival da Silva Ramos, em um trabalho de dissertação sobre o tema, aponta o ativismo jurídico como uma interferência indevida do poder judiciário nos demais poderes, afetando o delineamento da divisão de tarefas. (*apud* BRANCO 2011)

Ao analisar a efetividade das decisões e a garantia de direitos fundamentais, a ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, membro do STF desde 2006, asseverou que a efetividade dos direitos fundamentais por via judicial se tornou um novo papel do poder Judiciário. Na ausência de rigor no cumprimento de direitos constitucionais, sustentou que o poder judiciário deve atuar como seu guardião, em última instância. Ponderou, ainda, que:

Por isso, a efetividade do Poder Judiciário, especialmente daqueles que têm competência constitucional, é a garantia do cidadão de que o que está na lei será cumprido; de que o que está na Constituição, será observado, e, principalmente, que seus direitos não serão discurso ou retórica de uma legislação de prateleira.⁹⁰

Noutra ocasião, em palestra sobre o tema “Acesso à Jurisdição Constitucional no Brasil”, ao explicar os instrumentos por meio dos quais os cidadãos buscam tornar efetivos os direitos constitucionalmente assegurados, Cármen Lúcia externou: “Nossa atuação tem sido chamada de ‘ativismo judicial’, mas eu diria que ela é apenas constitucionalmente comprometida”.⁹¹

O ministro Luiz Fux, empossado em 2011 como membro da Suprema Corte brasileira, já se posicionou afirmando que as decisões judiciais devem ser um “balanceamento do mínimo existencial para o cidadão e a reserva do possível para o Estado”.⁹²

Luís Roberto Barroso (2010) também já se manifestou afirmando que “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes”.

Por seu turno, o ministro Gilmar Mendes, enquanto presidente do STF, ao falar sobre ativismo judicial em debate ocorrido no Senado Federal, propôs que o Congresso Nacional forme uma comissão para analisar as matérias constitucionais em que ocorre a omissão legislativa, afirmando que “o objetivo é abriremos um diálogo realmente claro,

⁹⁰ Pronunciamento no feito pela ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha durante o VIII Encontro de Cortes Supremas do Mercosul, ocorrido em 2010. Mais informações disponíveis em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=167037>

⁹¹ Participação da Ministra Carmém Lúcia na conferência internacional organizada pelo Tribunal Constitucional do Peru e pela Comissão de Veneza que discutiu “O acesso individual à Justiça constitucional na América Latina”, em Arequipa, no Peru. A ministra da Suprema Corte brasileira compareceu como representante do presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) à época, ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=240041>

⁹² Notícia completa disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=171607>

patente, de modo a não ter nenhuma suspeita de que o Tribunal está querendo usurpar competência [do Congresso]. Pelo contrário, o que nós queremos é que o Legislativo atenda, realize aquilo que a Constituição preconiza”.⁹³

Mendes se pronunciou dizendo que os parlamentares incentivam, não raras vezes, que a Suprema Corte brasileira desempenhe uma função mais ativista, contribuindo para a atividade legislativa. O ministro expôs, ainda, que o ativismo judicial “não é uma manifestação de despreço com o Congresso Nacional, mas uma tentativa de concretizar a Constituição Federal”. O senador Demóstenes Torres (DEM-GO), presente no debate, em consenso com o posicionamento com o então presidente do STF, asseverou que “o ativismo do Judiciário é uma decorrência da falta de apetite do legislativo do Congresso Nacional”.

Não há dúvidas quanto à indeterminação conceitual que envolve o termo “ativismo judicial”. Sobre falta de densificação do termo, o jurista Paulo Gonet Branco esclarece a necessidade de cautela quanto ao tema e aduz que:

O ativismo pode ser de esquerda ou de direita, portanto, sendo a crítica que o aborrece não raro proveniente da parte preterida nos seus interesses.

[...]

Como quer que seja, costuma-se usar o termo ativismo em contextos destinados a apontar, para fins de censura ou para aplauso, um exercício arrojado da jurisdição fora do usual, em especial no que tange a opções morais e políticas. (2011)

A superabrangência do termo e sua disseminação social geram o risco de resultados não desejados para o sistema jurídico, ocasionando julgamento precipitados, e porque não dizer equivocados, de instituições e seus operadores, partindo de premissas que sequer foram efetivamente consolidadas.

⁹³ Ciclo de debates “O Poder Legislativo no Mundo Contemporâneo”, realizado no Senado, em novembro de 2008. Notícia completa disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=99782>

3. O DIÁLOGO NO CONTROLE DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

3.1 O controle judicial da omissão legislativa e as (re)ações do Congresso Nacional

Diante das explicações aqui proferidas, é possível dizer que o controle judicial da omissão legislativa encontra-se em um complexo campo de atuação, no qual um dos campos de maior clamor é a inércia perenal do Congresso Nacional, mesmo após a ciência de repetidas declarações judiciais de inconstitucionalidade, inclusive de efeitos concretos.

Alexandre de Moraes, ao analisar as dificuldades da jurisdição constitucional e também da representação política, aduz que:

[...] há duas complexas questões: o Parlamento não mais, necessariamente, reflete a vontade popular, e os grupos mais organizados e economicamente mais fortes passaram a atuar de forma cada vez mais decisiva na condução dos negócios políticos do Estado, em detrimento dos interesses do restante da sociedade, que não encontra na Democracia representativa mecanismos para defesa de seus direitos fundamentais básicos. (2000, p. 43)

A crise na representação política deve-se, segundo o autor, a três causas principais: “(a) o desvirtuamento da proporcionalidade parlamentar, (a) o total desligamento do parlamentar com seu partido e a ausência de regulamentação dos grupos de pressão”. (2000, p. 47)

A crise no sistema representativo finda por ocasionar a crise dos partidos, os quais, permanecem inertes em transformar as demandas sociais em decisões políticas. Apesar de não se almejar aqui tratar desses pontos específicos, os quais demandariam aprofundamento alheio a proposta deste trabalho⁹⁴, fato é que tais colapsos têm relação direta com a atuação ou omissão do Congresso Nacional, e, portanto, com a omissão inconstitucional.

A noção de lei como obra do legislador e expressão da vontade soberana do povo [...] foi substituída por uma produção legislativa resultante das diversas pressões de grupos organizados.

Esse novo resultado legislativo desrespeita, costumeiramente, as normas constitucionais e os direitos das minorias, tornando-se absolutamente imprescindível a existência de um Tribunal que coíba eventuais excessos, compatibilizando-se a Democracia, que se manifesta basicamente pela forma

⁹⁴ Sobre esses aspectos, indica-se a leitura de MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: Garantia suprema da Constituição*. Capítulo 2: Crise da democracia representativa e necessidade de efetividade da justiça constitucional; e VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Presidencialismo de Coalizão: Exame do atual sistema brasileiro*.

representativa, por meio dos Parlamentos, e o Estado de Direito, que se manifesta pela consagração da supremacia constitucional e o respeito aos direitos fundamentais. (MORAES, 2000, p. 54-55)

Além dos grupos de pressão, há inúmeros outros fatores influenciadores de atividade do legislador ordinário, como, por exemplo: crise econômica, crise política e os próprios interesses partidários.

Fato é que o Estado, ou mais especificamente, o Legislativo permeado por tais fatores gera uma fragilidade institucional que reclama uma atuação dos demais agentes de concreção dos preceitos constitucionais. Para o fortalecimento da democracia, Alexandre de Moraes cita a necessidade de dois mecanismos: a reforma política do Estado e a atuação do Tribunal Constitucional como árbitro da sociedade. (2000)

No caso da omissão legislativa inconstitucional, cumpre ao Judiciário superar o óbice ao exercício do direito, liberdade ou prerrogativa previstos e assim o tem feito, ainda que para isso a Corte tenha superado seus próprios precedentes em razão da inanição continuada do órgão legiferante.

As reações das supremas cortes contra a atividade legislativa que supera uma decisão judicial anterior constituem o fenômeno chamado de leis *in your face* (VICTOR, 2015). No caso da omissão na qual a Corte declara a inércia do órgão legiferante e supera o obstáculo ao exercício de direito, liberdade ou prerrogativa, estabelecendo norma concreta a ser aplicada, haveria, parece ser possível dizer, o fenômeno “leis *in your face*” às avessas.

Galgado em pensamento lógico-consequencial, mais apropriado seria que o fenômeno ocorresse na última hipótese, posto que a atividade típica legislativa compete ao poder legislativo e, sendo assim, o “leis *in your face*” puramente dito ocorreria, em verdade, no caso de o Judiciário sanar a omissão legislativa.

Ultrapassando o que seria uma batalha por quem detém maior parcela de poder, há no ordenamento pátrio, desde a Constituição de 1934, instituto que percorre caminho diverso, tornando mais factível a harmonia entre os poderes e a abertura ao diálogo. Tal instituto é a suspensão da execução da lei pelo Senado (art. 52, X, CF/88), o qual, após declaração judicial de inconstitucionalidade da lei ou ato administrativo, pode suspender a sua aplicação, conferindo eficácia *erga omnes* ao provimento judicial (MENDES, 2014, p. 50). De acordo com Sérgio Antônio Ferreira Victor “trata-se de importante instrumento de coordenação de esforços do Legislativo e do Judiciário para conferir uma eficácia maior às decisões da Corte”. (2015, p. 219)

Dentre as Constituições republicanas, a de 1937 foi a única que não trouxe esse instituto, mas não sem razão. Tal Carta previu a possibilidade de suspender a decisão declaratória de inconstitucionalidade, mediante ato legislativo, por resolução parlamentar aprovada pela maioria qualificada de dois terços dos votos. Dessa forma, a decisão era cassada e a lei tinha sua validade confirmada, ganhando status de emenda constitucional. (MENDES, 2014)

Partindo da previsão do Constituinte de 1934 sobre a participação do Senado no controle de constitucionalidade, há ainda outras maneiras nas quais as decisões judiciais podem ser superadas ou mesmo confirmadas por atuação do órgão legiferante, como, por exemplo, emendas constitucionais, medidas provisórias e leis complementares ou ordinárias.

Especificamente quanto às temáticas aqui abordadas nos tópicos anteriores, há dados que merecem menção.

Quanto à omissão legislativa sobre a indenização aos aeronautas, aeroviários, oficiais aviadores e pilotos civis impedidos de exercerem a profissão (art. 8º, §3º, ADCT), as primeiras decisões do Supremo ocorreram em 1991, sendo a última conferida em 2003. Sobre a temática, foram propostos 4 (quatro) projetos de lei na Câmara dos Deputados⁹⁵ e 5 (cinco) no Senado Federal⁹⁶. Em 2001 a omissão foi sanada pelo poder executivo através da edição e publicação da Medida Provisória nº 2.215-10 em 31/09/2001.

No tocante à cobrança de juros na concessão de crédito (art. 192, §3º, CF/88), as decisões do Pleno iniciaram em 1994 e findaram em 2002, havendo na Câmara dos Deputados 12 (doze) projetos de lei⁹⁷, 7 (sete) projetos de lei complementar⁹⁸, e 1 (uma) proposta de emenda à Constituição⁹⁹ dentre os anos de 1983 a 2013, referentes a regulamentação da norma. Já no Senado Federal foram propostos 2 (dois) projetos de lei¹⁰⁰.

Ultrapassados os casos em que as proposições foram arquivadas em virtude do final da legislatura (art. 105, RICD¹⁰¹; art. 332, RISF), os demais foram tidos como prejudicados

⁹⁵ PL's nºs 1727/89, 2131/91, 4332/93 e 4386/2001.

⁹⁶ PL's nºs 129/89, 180/89, 219/89, 248/93 e 134/95.

⁹⁷ PL's nºs 602/83, 989/88, 1971/89, 2227/89, 2607/89, 2708/89, 3105/89, 3711/89, 4363/89, 2005/89, 6121/90, 1520/91.

⁹⁸ PLC's nºs 43/91, 3904/93, 17/95, 126/2000, 150/2000, 199/2001 e 214/2001.

⁹⁹ PEC nºs 254/1995.

¹⁰⁰ Pls's nºs 27/91, convertido no PLC 17/95 na Câmara; e 36/2000.

¹⁰¹ Art. 105. Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação, bem como as que abram crédito suplementar, com pareceres ou sem eles, salvo as: I - com pareceres favoráveis de todas as Comissões; II - já aprovadas em turno único, em primeiro ou segundo turno; III - que tenham tramitado pelo Senado, ou dele originárias; IV - de iniciativa popular; V - de iniciativa de outro Poder ou do Procurador-Geral da República. Parágrafo único. A proposição poderá ser desarquivada mediante requerimento do Autor, ou Autores, dentro dos primeiros cento e

(art. 164, RICD¹⁰²) após o advento da Emenda Constitucional nº 40 de 2003 que revogou o §3º do artigo 192 da Constituição Federal.

Sobre o aviso prévio proporcional previsto na norma do art. 7º, XXI, da Carta Magna, tem-se que a inércia legislativa foi considerada inconstitucional ainda em 1992, perdurando até 2011, ocasião na qual houve a aprovação da Lei nº 12.506 que entrou em vigor em outubro de 2011.

Ressalte-se que em junho de 2011 deu-se início ao julgamento do MI 943, no qual foram discutidas e propostas várias maneiras de dar concretude à norma. No entanto, o julgamento foi suspenso e a lei que regulamentava o tema entrou em vigor no mesmo ano. Antes da Lei nº 12.506/11, foram propostos 31 (trinta e um) projetos de lei¹⁰³ e (03) três projetos de lei complementar¹⁰⁴ na Câmara dos Deputados; e 04 (quatro) projetos de lei¹⁰⁵ no Senado Federal.

Por sua vez, a aposentadoria especial de servidores públicos civis que exercem atividade profissional considerada de risco, insalubre ou penosa teve sua primeira decisão concretista em agosto de 2007. Desde 1989 há no Congresso Nacional projetos que versam sobre a regulamentação do §4º do art. 40 da Constituição Federal, porém nenhuma das proposições foram transformadas em norma jurídica.

Sobre o tema foram propostos, na Câmara dos Deputados, 08 (oito) projetos de lei complementar entre os anos de 1989 e 1991, e 1 (uma) proposta de emenda à Constituição em

oitenta dias da primeira sessão legislativa ordinária da legislatura subsequente, retomando a tramitação desde o estágio em que se encontrava.

Art. 332. Ao final da legislatura serão arquivadas todas as proposições em tramitação no Senado, exceto: I - as originárias da Câmara ou por ela revisadas; II - as de autoria de Senadores que permaneçam no exercício de mandato ou que tenham sido reeleitos; III - as apresentadas por Senadores no último ano de mandato; IV - as com parecer favorável das comissões; V - as que tratem de matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional (Const., art. 49); VI - as que tratem de matéria de competência privativa do Senado Federal (Const., art. 52); VII - pedido de sustação de processo contra Senador em andamento no Supremo Tribunal Federal (Const., art. 53, §§ 3º e 4º, EC nº 35/2001). § 1º Em qualquer das hipóteses dos incisos do *caput*, será automaticamente arquivada a proposição que se encontre em tramitação há duas legislaturas, salvo se requerida a continuidade de sua tramitação por 1/3 (um terço) dos Senadores, até 60 (sessenta) dias após o início da primeira sessão legislativa da legislatura seguinte ao arquivamento, e aprovado o seu desarquivamento pelo Plenário do Senado. § 2º Na hipótese do § 1º, se a proposição desarquivada não tiver a sua tramitação concluída, nessa legislatura, será, ao final dela, arquivada definitivamente.

¹⁰²Art. 164. O Presidente da Câmara ou de Comissão, de ofício ou mediante provocação de qualquer Deputado, declarará prejudicada matéria pendente de deliberação: I - por esta haver perdido a oportunidade; II - em virtude de prejulgamento pelo Plenário ou Comissão, em outra deliberação. (...)

¹⁰³ PL's nºs 1014/88, 1227/88, 1554/89, 2125/89, 2337/89, 2466/89, 2943/89, 3275/89, 3404/89, 3474/89, 3497/89, 3941/89, 3978/89, 3989/89, 4147/89, 4223/89, 4357/89, 4504/89, 4690/90, 5605/90, 5730/90, 5401/90, 13/91, 794/91, 2094/91, 3796/93, 2043/96, 4989/09, 1730/11, 2274/11 e 2379/11.

¹⁰⁴ PLP's nºs 112/89, 454/09 e 459/09.

¹⁰⁵ PLS's nºs 89/89, 268/89, 336/89 e 22/94.

2009¹⁰⁶. No Senado Federal foi proposto apenas 1 (um) projeto de lei complementar, em 1990, na tentativa de regulamentar a matéria¹⁰⁷.

No ano 2000, a Câmara enviou uma Indicação ao Poder Executivo¹⁰⁸ sugerindo que fosse encaminhado ao Congresso Nacional um projeto de lei complementar que dispusesse sobre a aposentadoria de servidores públicos que exercessem atividades sob condições especiais que prejudicassem a saúde ou a integridade física. No entanto, a Indicação não foi atendida.

Outro tema de grande relevância tratado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, se é que não se pode dizer que foi o tema mais relevante, foi o da greve dos servidores civis públicos, cujo debate iniciou-se em 1994, com o MI nº 20.

Recorde-se que em 2007 a Corte fez uma viragem institucional diante da inércia abusiva do Congresso em legislar sobre a matéria. Havia, até então, 08 (oito) projetos de lei e 01 (um) projeto de lei complementar propostos na na Câmara dos Deputados¹⁰⁹ para a regulamentação do art. 37, VII, da Carta da República, enquanto no Senado Federal foram propostos 02 (dois) projetos de lei e 01 (um) projeto de lei complementar¹¹⁰.

Após a decisão da Suprema Corte foram propostos mais 02 (dois) PL's na Câmara¹¹¹ e 05 (cinco) PL's no Senado¹¹², além da realização de 01 (uma) audiência pública sobre o tema em março de 2014¹¹³. Infortunadamente, até o atual momento não houve maiores avanços na regulamentação da matéria pelo Congresso Nacional, mas das 13 proposições apresentadas na Câmara dos Deputados, apenas o projeto de lei complementar foi arquivado. Os doze projetos de lei continuam em tramitação conjunta e encontram-se atualmente na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC)¹¹⁴.

O questionamento que se coloca aqui em voga é em que medida as reações do Congresso Nacional às decisões do Supremo Tribunal Federal no controle da omissão legislativa podem ser consideradas como diálogos institucionais?

¹⁰⁶ PLP's nºs 73/1989, 77/1989, 249/1990, 258/1990, 246/1990, 18/1991, 37/1991, 49/1991; e PEC nº 449/2009.

¹⁰⁷ PLP nº 224/1989.

¹⁰⁸ INC nº 1003/2000 de autoria do Deputado Cunha Bueno – PPB/SP, apresentada em 31 de maio de 2000.

¹⁰⁹ PL's nºs 4497/2001, 5662/2001, 6032/2002, 6141/2002, 2228/2002, 6775/2002, 1950/2003 e 981/2007; PLP nº 43/2007. As proposições feitas em 2007 antecederam os julgamentos no STF dos madados de injunção nºs 670, 708 e 712, explicitados na página 43.

¹¹⁰ PLS's nºs 88/1989, 42/1994 e 94/1995.

¹¹¹ PL's nºs 3670/2008 e 4276/2012.

¹¹² PLS's nºs 710/2011, 120/2013, 287/2013 e 327/2014; PLP nº 40/2015.

¹¹³ Audiência pública realizada em 24 de março de 2014, conforme o requerimento da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (RDH nº 100/2013) para instruir o PL nº 287/2013.

¹¹⁴ Último andamento disponibilizado em 04/02/2016, conferido pela autora em 01 de fevereiro de 2017.

Provoca-se além: a proposição de projetos de leis e a própria superação ou confirmação de decisões judiciais por meio dos institutos citados alhures podem ser qualificados como uma espécie de diálogo?

Para a pré concepção da resposta, faz-se necessário preliminarmente que o observador conheça o objeto que está a ser observado, etapa da qual se ocupa o tópico a seguir.

3.2 O que é o diálogo?

De início, o diálogo é, na maioria das vezes, associado à comunicação. Existe diálogo quando as pessoas se comunicam, conversam, trocam ideias, escutam o posicionamento do outro. Tal afirmação não está de todo equivocada, mas alcança um reducionismo que afasta o que é ou o que deveria ser o diálogo. O diálogo vai além dos contornos que lhes são usualmente atribuídos, os quais serão abordados neste trabalho.

A palavra diálogo tem origem na fusão do grego *diálogos*, em que *dia* significa “através de” e *logos* significa “palavra”, “significado”, “relação”.

Para o físico quântico e filósofo, David Bohm, o diálogo em sua acepção inicial era “um fluxo livre de significado entre as pessoas, no sentido de uma corrente que flui entre duas margens”. Para ele, no diálogo se produz um “conjunto de significado comum”, e, a partir das novas perspectivas dos indivíduos, “o todo organiza as partes”, em vez de tentar encaixar as partes em um todo”. (in Senge, 1998, p. 268)

Com razão, Linda Ellinor e Glenna Gerard, afirmam que é mais fácil descobrir o que o diálogo é a partir daquilo que ele não é e que estamos mais habituados a fazer ao nos comunicarmos: a discussão/debate. (1998)

A palavra discussão leva, em sua origem, a conotação de fragmentação ou quebra, ou seja, por discutir infere-se a fragmentação do todo em várias partes. Noutro pólo, o dialogar perfaz o agrupamento de partes em um todo, num “conjunto de significado comum”.

É comum que as conversações englobem os dois tipos de comunicação, já que não se têm clarificadas as concepções que alcançam cada uma das maneiras de se comunicar. As premissas básicas de ambas são: enquanto no diálogo vê-se o todo entre as partes, na discussão desmembram-se questões em partes; enquanto no diálogo vê-se ligação entre as partes, na discussão vê-se distinção; enquanto no diálogo se aprende através de questionamentos, na discussão o objetivo é persuadir os demais; e, por fim, enquanto no diálogo cria-se um significado compartilhado por muitos, na discussão chega-se a um acordo sobre um significado. (ELLINOR, GERARD, 1998)

Uma das características de maior relevância no desenvolvimento da comunicação dialógica é o ouvir, pois essa ideia tem ligação intrínseca e indissociável do diálogo. Para haver diálogo é preciso ouvir, mas não o ouvir no qual a audição trabalha, mas a mente não escuta. É preciso esvaziar a mente e dedicar-se a ouvir as ideias apresentadas durante a conversa, é o “ouvir sem agir” (CHAWLA, in ELLINOR, GERARD, p. 32).

Peter Senge chama a atenção para a necessidade da interrupção no fluxo do pensamento, tarefa de difícil compreensão para a maioria dos que iniciam nessa prática. Para isso, o autor aduz que há uma ligação entre o diálogo e a meditação, pois para ouvir é preciso, antes, o silêncio, lembrando a afirmação de Krishnamurti de que “todo o ouvir se inicia no silêncio”. (in ELLINOR, GERARD, p. 38-39)

Objetivamente, David Bohm aponta três requisitos iniciais para o diálogo: 1) suspender os pressupostos; 2) encarar uns aos outros como colegas e 3) contar com um facilitador que mantenha o contexto do diálogo. (SENGE, 1998)

Suspender os pressupostos não significa eliminar o subjetivismo de cada indivíduo quanto ao tema, mas sim que cada um tem consciência de seus próprios pressupostos, podendo, assim, submetê-los a análise ao longo do diálogo e compará-los com os pressupostos dos demais. (SENGE, 1998)

A suspensão de pressupostos liga-se a frase de de Krishnamurti: “todo o ouvir se inicia no silêncio”. Sendo assim, tal requisito caminha lado a lado com o “ouvir sem agir” e é um dos mais relevantes para o diálogo, na medida em que sua ausência, ou seja, quando uma pessoa se fecha em uma posição, impossibilita o fluxo dialógico do discurso. Segundo Bohm, suspender os pressupostos é difícil “devido a própria natureza do pensamento. O pensamento nos ilude continuamente, levando-nos a uma visão de que ‘é assim que as coisas são’”. (SENGE, 1998, p. 272)

Encarar uns aos outros como colegas parece ser, de início, fácil, mas requer atenção das pessoas envolvidas. Não é tão fácil encarar como colega aquele que tem visões apartadas, sendo necessária a solicitude de todos nesse sentido.

Como terceira condição necessária ao diálogo, Bohm aponta a figura de um facilitador. O facilitador tem como principal missão evitar que a conversa se transforme em discussão, fato que, sem a sua presença, tem maior probabilidade de acontecer devido à tendência natural que todos têm de querer defender suas opiniões e fazer com que prevaleçam.

Mas, além disso, ajuda as pessoas a manterem o sentimento de propriedade sobre o processo do diálogo e seus resultados, mantém o andamento do processo e influencia o fluxo de significados. Por fim, quando a habilidade do diálogo estiver desenvolvida entre os

participantes, a figura do facilitador será menos exigida, tornando-se, em determinado ponto, até dispensável.

Na conversação dialógica a dificuldade em manter-se concentrado nessas condições básicas diminui a cada prática e, apesar da dificuldade em obter-se o discurso puro como diálogo, a discussão passa a exercer o contraponto fundamental citado por Peter Senge:

Uma equipe que aprende domina o movimento vaivém entre diálogo e discussão. As regras básicas são diferentes. As metas são diferentes. Sem distinguí-las, as equipes normalmente não conseguem nem ter diálogos nem discussões produtivas.

Desenvolve-se um relacionamento singular entre os membros da equipe que entram no diálogo. Desenvolve-se entre elas uma profunda compreensão que terá consequências sobre as discussões. Desenvolve-se uma rica compreensão da singularidade do ponto de vista de cada pessoa. E mais, os membros descobrem como a compreensão mais ampla surge da consideração “gentil” dos pontos de vista pessoais. Aprendem a arte de manter uma posição, em vez de serem mantidos por suas posições. Quando é adequado defender um ponto de vista eles o fazem com mais elegância e menos rigidez, ou seja, sem colocar “vencer” como prioridade número um. (1998, p. 275)

O diálogo é, portanto, uma conversação habilidosa que, por vezes, engloba momentos de discussão/debate, mas que, diante da qualidade do discurso e das habilidades dos envolvidos, são identificados no curso das explicações.

Não há receita pré-formulada ou pré-testada sobre o diálogo, mas sim o que Linda Ellinor e Glenna Gerard chamam de “tecnologia viva”, a arte de ter uma conversação qualificada, “elaborada através da focalização de atenção, atitudes e comportamentos que sustentam a inquirição aberta e autêntica”. (1998, p. 110)

3.3 As qualidades do diálogo

“O diálogo é, antes de tudo, uma questão de intenção” (Ellinor; Glenna, p. 113). Essa afirmação revela a questão que deverá ser observada preliminarmente, como uma qualidade extrínseca, sem a qual o propósito de conversa dialógica sequer chegará a existir.

Se a intenção colaborativa for burlada, se habilidades forem utilizadas para alcançar consenso sobre a ideia de um participante sobre a resposta correta, torna-se inviável atingir uma consciência coletiva, um “significado comum compartilhado”, essencial ao diálogo.

Da intenção colaborativa, derivam cinco diretrizes dialógicas que devem ser observadas: i) a suspensão de julgamento; ii) a identificação e suspensão de suposições; iii) o ouvir; iv) o questionamento e a reflexão; e v) a comunicação e o diálogo não-verbais.

Suspender os julgamentos significa que ao julgar e ativar a percepção do julgamento em si mesmo, o indivíduo deve suspendê-lo durante o diálogo, ou seja, deve pausá-lo, afastá-lo de seus pensamentos, de suas reflexões, tentando manter-se isento a fim de criar um “observador neutro”. (ELLINOR, GERARD, p. 120)

A suspensão de julgamento não significa, portanto, que o julgamento não existirá, mas sim que os envolvidos identificarão o momento em que o seu ou o julgamento do outro ocorre e, a partir daí, tentarão se manter neutros sobre esse pensamento competitivo e debatido para qual o julgamento conflui.

Nessa neutralidade ou “não reação” imediata, ocorre a suspensão, que “é o ato de se manter em um estado indeterminado ou não-decidiado, aguardando maiores informações. Não tentamos impedir que nossos julgamentos aflorem; optamos por não reagir em função deles de forma automática e intempestiva”. (ELLINOR, GERARD, p. 119)

Ademais, as suposições dos participantes do diálogo devem também ser identificadas e suspensas. Por suposição entende-se a avaliação desencadeada ao julgar o outro, ou seja, é a base do ato de julgar, é o que cada indivíduo tem para si mesmo como verdade, como correto.

A terceira diretriz necessária para o diálogo é o ato de ouvir, citado anteriormente. O ouvir divide-se em três dimensões para o alcance do significado compartilhado almejado por Bohm: ouvir o outro, ouvir a nós mesmos e ouvir os significados compartilhados do grupo. Recorde-se que o ouvir, para o diálogo, deve ser o ouvir aberto, o ouvir influenciável, oposto ao ouvir como linha defensiva.

Ao exercitar o ato de ouvir “sem resistência” nas três dimensões supracitadas, as relações e complexidades que envolvem o objeto da conversação dialógica são reveladas por inteiro, baseadas em um pensamento sistêmico. (ELLINOR, GERARD, p. 155)

Aliada aos atos já mencionados, somam-se o questionamento e a reflexão. Questionar, no diálogo, está ligado à ação curiosa, a buscar saber mais sobre o assunto. Por sua vez, a reflexão ocorre quando o indivíduo se permite ficar por um tempo considerável a examinar o assunto, fazendo conexões e novos questionamentos. Assim como o ouvir, o questionamento e a reflexão devem ser praticados em três dimensões: com relação ao outro, a nós mesmos e ao grupo.

Por último, tem-se a comunicação e o diálogo não-verbais, a quinta dimensão necessária ao diálogo para exaltar o poder do silêncio como influenciador de todas as demais dimensões já enumeradas. A comunicação não-verbal pode ser exercida de diversas maneiras, dentre elas, por meio da arte, da música, da meditação e dos sonhos. (WEIL, TOMPAKOW, 1986)

3.4 O diálogo na democracia

O diálogo tem sido usado em vários níveis de integração, seja para melhorar o discurso em uma organização, instituição ou país, mas também como mecanismo facilitador entre tais entes.

Até o Papa João Paulo II, em 1995, já proferiu mensagem nesse sentido, propondo “o diálogo como única forma de promover soluções equitativas para uma sociedade, marcada pelo respeito e pela aceitação recíproca”. (ISAACS, 1999, p. 360 – tradução nossa). O Papa Francisco em sua “Carta Encíclica *Laudato Si* – Sobre o cuidado da Casa Comum”, recomenda o diálogo em várias linhas de orientação e ação¹¹⁵. (2015)

Não obstante, William Isaacs¹¹⁶ pondera que:

While these are often noble sentiments, the challenges of actually producing this sought-after openness, neutrality, and high-mindedness are not easily achieved. While people might innately carry these abilities, they often will not be able to sustain them particularly under pressure. Nevertheless, in some quarters people have now produced large-scale shifts of meaning around critical sets of organization-wide and even national issues¹¹⁷. (1999, p. 360-361)

O autor cita, e aqui merece menção, uma experiência norte-americana sobre o diálogo, iniciada em 1996 pelo democrata David Skaggs. Incomodado pela hostilidade dos debates na Câmara dos Representantes (*United States House of Representatives*), Skaggs conseguiu o apoio de Tom Sawyer (democrata), Amory Houghton (Republicano) e Ray LaHood (Republicano) e conseguiram reunir (43) quarenta e três democratas e (43) quarenta e três republicanos em uma missão: enviar uma carta para a Casa Legislativa, solicitando o apoio para um congresso de reflexão sobre a qualidade da civilidade e do discurso no Congresso (*United States Congress*).

¹¹⁵ Capítulo V. Algumas Linhas de Orientação de Ação. 1. O diálogo sobre o meio ambiente na política internacional; 2. O diálogo para novas políticas nacionais e locais; 3. Diálogo e transparência nos processos decisórios; 4. Política e economia em diálogo para a plenitude humana; 5. As religiões no diálogo com as ciências.

¹¹⁶ William Isaacs é fundador e presidente da Dialogos, uma consultoria de liderança e empresa de desenvolvimento de estratégia com sede em Cambridge, MA. Ele co-fundou o Centro de Aprendizagem Organizacional no MIT e é um Professor Sênior na Sloan School of Management do MIT.

¹¹⁷ Embora estes sejam, muitas vezes, nobres sentimentos, os desafios de produzir realmente essa abertura, neutralidade e espírito elevado tão procurados não são facilmente alcançados. Ainda que as pessoas possam portar essas habilidades, elas muitas vezes não serão capazes de sustentá-las, especialmente sob pressão. No entanto, em alguns lugares, as pessoas têm agora produzido mudanças de significado em grande escala em torno de conjuntos críticos de questões de toda a organização e mesmo de problemas nacionais. (tradução nossa).

Muitos dos envolvidos estavam insatisfeitos com o sistema e a maneira de comunicação praticada entre os congressistas, mas David Skaggs foi o primeiro a ter a iniciativa de repensar o sistema.

Para a maioria, mudar a cultura da instituição era tarefa quase impossível e por isso não despendiam qualquer esforço nesse sentido. Seja pela própria história intimidadora das instituições, pela alta rotatividade dos congressistas ou pela dificuldade em conhecer os posicionamentos dos menos antigos, a mudança parecia pouco possível.

Retorna-se, nesse ponto, a uma das cinco diretrizes do diálogo citadas por Linda Ellinor e Glenna Gerard: a suspensão de suposições.

Skaggs afirmava que era preciso conhecer uns aos outros sem o tradicional desejo de ganhar e que só assim a legislatura poderia funcionar. Ele propôs um retiro de um final de semana, no qual todos compareceram com as suas respectivas famílias. Como facilitador do evento, o Comitê de Planejamento do Retiro Congressional Bipartidário (*Bipartisan Congressional Retreat Planning Committee - BCRPC*) escolheu Mark Gerzon¹¹⁸, autor do livro “A House Divided”¹¹⁹.

O retiro ocorreu em março de 1997, durante três dias nos quais 215 congressistas se reuniram na cidade de Hershey, Pennsylvania. Além das famílias terem comparecido ao retiro, os cônjuges puderam participar das reuniões. Em razão do alto número de pessoas, os organizadores decidiram que alguns dos membros também poderiam atuar como facilitadores.

O evento foi dividido em quatro partes, ou quatro sessões de trabalho. Na primeira foram formados doze grupos de trinta pessoas nos quais os membros deveriam apresentar metas pessoais para o retiro. Os facilitadores de cada grupo eram um democrata e um republicano.

A segunda reunião foi aberta e objetivou a reflexão sobre como a qualidade do discurso na Câmara dos Representantes afetava a personalidade de cada um. Em seguida, em grupos menores, a reflexão girou em torno dos empecilhos para melhorar a qualidade do discurso, os quais foram anotados em papéis post-it e não assinados pelos membros.

Na quarta etapa do Retiro Congressional os participantes realizaram uma sessão de microfone aberta (“*open mike*” session), na qual foram convidados a iniciar com: “Se eu fosse

¹¹⁸ Mark Gerzon é um dos principais arquitetos do campo de liderança global e um facilitador experiente em zonas de alto conflito. Ele assessorou uma grande variedade de organizações, incluindo o Congresso dos EUA, corporações multinacionais e o PNUD. O autor de inúmeros livros, incluindo *Leading Through Conflict* e *Global Citizens*, está atualmente dividindo seu tempo entre workshops de liderança internacional e construindo um movimento de transparência nos EUA. Fonte: <http://mediatorsfoundation.org/mark-gerzon/>

¹¹⁹ GERSON, Mark. *A House Divided: six belief system's strugglin for America's soul*. New York: G.P. Putnam's Sons, 1996.

o presidente do Congresso, eu...”. Ao final, o grupo identificou sessenta ações possíveis e passíveis de mudança, inclusive a sugestão de um encontro regular bipartidário para a conversação.

O projeto de Skaggs e seus associados superou as expectativas, mas não houve muito retorno prático, em virtude da exigência que o próprio diálogo traz em si de continuidade.

William Isaacs chama a atenção para as “armadilhas estruturais” do comportamento, as quais impõem as primeiras dificuldades. Em um primeiro momento essas armadilhas são superadas, mas rapidamente as estruturas mais familiares ressurgem como se nada tivesse mudado. (1999, p. 378)

Para que seja possível a instituição do diálogo há de se ter continuidade em sua prática para que possa ser tornar habitual entre os participantes e assim ser identificado como um comportamento usual.

3.5 O sistema canadense e a cláusula não obstante: diálogo?

Desde 1982 o sistema constitucional do Canadá tem sido destaque na ordem constitucional mundial. Isso porque há na Carta Canadense de Direitos e Liberdade, parte da Constituição do país, a figura de um instrumento denominado Cláusula “não obstante” – *notwithstanding clause*. A cláusula, como será visto durante o desenvolvimento deste trabalho, constitui um mecanismo não previsto nos demais ordenamentos, motivo pelo qual o seu estudo se revela valoroso.

De acordo com a *notwithstanding clause* a possibilidade de derrogação de uma decisão judicial que declare a inconstitucionalidade de uma lei é aberta caso a matéria seja sensível e haja apoio popular para que o Legislativo assim proceda. Há, no entanto, limites temporais para a desconsideração da decisão judicial, bem como limites materiais concernentes aos direitos passíveis de mitigação.

A possibilidade de derrogação de uma decisão judicial no *judicial review*, ainda que por lapso temporal determinado, coloca em voga a discussão sobre os limites da atuação dos poderes, sobre os delineamentos do princípio da separação e, principalmente, sobre a possibilidade de uma abertura para o diálogo entre os poderes.

Em razão da colonização francesa e inglesa o sistema legal canadense é um sistema misto, em virtude dos diferentes sistemas adotados pelos países colonizadores. Após a Batalha

de Quebec ocorrida em 1759, o país passou a adotar o sistema *common law* britânico, exceto pela província francesa, que adotou o sistema do *civil law*¹²⁰.

O percurso do constituinte canadense teve início em 1867 com a aprovação da *British North America Act*, conhecido como *Constitution Act*, ocasião na qual as províncias da Inglaterra foram unificadas com duas outras províncias, *Nova Scotia* e *New Brunswick*, originando o Canadá. O *Constitution Act* codificou várias regras constitucionais do Canadá, incluindo a possibilidade da própria colônia criar Tribunais de Recursos e tribunais adicionais em caso de necessidade, mas mudanças significativas tinham sua viabilidade atribuída apenas ao parlamento britânico. (DJC¹²¹, 1993)

Os tribunais de justiça existem no Canadá, no entanto, desde meados do ano de 1750, com registros nas províncias de Quebec, Ontário, New Brunswick e Nova Escócia. O primeiro Tribunal de Recurso foi criado em 1840 e, em 1875, nove anos após o *British Act*, foi criada a Suprema Corte canadense¹²², baseada na previsão legal constante na lei britânica que o parlamento poderia criar uma Corte Geral de Recursos¹²³. (SCC¹²⁴, 2012)

Já no século seguinte, há dois importantes documentos de proteção de direitos democráticos: o *Canadian Bill of Rights* de 1960 e o *Canadian Human Rights Act* de 1977. O *Canadian Bill of Rights* foi a primeira lei federal de proteção de direitos humanos, garantindo direitos e liberdades básicas ao homem, como direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade. O *Human Rights Act* estendeu tais direitos aos setores privados como o setor bancários, o de telecomunicações, o de transporte e, principalmente, assegurou o direito à igualdade e não discriminação aos setores de empregos, moradia e prestação de serviços. (DJC, 1993)

O momento revelava a necessidade de proteção aos direitos e liberdades com mais vigor, gerando também a necessidade de uma nova Constituição. Os debates a este respeito tornaram-se efetivos a partir de 1979 e culminaram com a aprovação do *Constitution Act*, em 1982. A partir da promulgação da lei, a Constituição canadense passou a ser composta pelo *Constitution Act* de 1867 e pelo *Constitution Act* de 1982, adotados como leis supremas.

¹²⁰ Sobre a junção dos sistemas de *civil* e *common law* em um mesmo país, cabe esclarecer que Quebec é a única província que adota o *civil law*, sendo, por conseguinte, a única a possuir um Código Civil (baseado no Código de Napoleão). As demais províncias são regidas pelo *common law*, adotando, no entanto, um código escrito para práticas ilícitas na esfera criminal. (DJC, 2015)

¹²¹ Department of Justice of Canada.

¹²² No ano seguinte, 1876, a Corte analisou apenas 4 casos. Foi apenas a partir de 1877 que a Corte começou a realizar sessões regulares com uma demanda maior de questões. Inicialmente, a Corte era composta por seis juízes, passando a haver sete membros em 1927 e nove membros a partir de 1949 até a composição atual.

¹²³ Antes da aprovação da lei que criou a Suprema Corte do Canadá, houve dois projetos não aprovados, apresentados em 1869 e 1870.

¹²⁴ Supreme Court of Canada.

Por sua vez, o Constitution Act de 1982 traz em seu bojo a Carta Canadense de Direitos e Liberdades (*The Canadian Charter of Rights and Freedoms*), cuja seção 33 (*The notwithstanding clause of the charter*) é objeto deste estudo. Atente-se para o fato de que foi apenas com a Carta de 1982 que os direitos humanos ganharam proteção em uma Constituição escrita.

A Carta de Direitos e Liberdades rege todo o país e entrou em vigor em abril de 1984¹²⁵, excepcionando as normas pertinentes ao direito de igualdade, as quais vigoraram apenas a partir de abril de 1987, em razão da necessidade de lapso temporal para adequação das normas federais e provinciais já existentes.

A Constituição Canadense prevê que o Poder Executivo consulte previamente o Judiciário acerca de questões controversas, possibilitando um pronunciamento judicial antecipado não vinculante. Ademais, em determinadas questões é concedida ao Legislativo a possibilidade de participação no controle de constitucionalidade por meio da cláusula “não obstante” – *notwithstanding clause*, prevista no artigo 33¹²⁶, com redação a seguir traduzida (tradução nossa):

Art. 33. (1) O Parlamento ou a legislatura de uma província podem expressamente declarar em uma lei do Parlamento ou do legislativo, conforme o caso, que a Lei ou uma das suas disposições deverá funcionar não obstante uma disposição incluída na seção 2 ou seção 7 a 15 da presente Carta.

(2) Um ato ou uma disposição de uma lei em relação aos quais uma declaração feita ao abrigo desta seção está em vigor deve ter a operação que teria, mas para a disposição desta Carta mencionada na declaração

(3) Uma declaração feita ao abrigo da subseção (1) deixará de produzir efeitos cinco anos após sua entrada em vigor ou em data anterior que pode ser especificada na declaração.

(4) O Parlamento ou a legislatura de uma província pode redigir uma declaração feita ao abrigo da subseção (1).

(5) A subseção (3) aplica-se em relação a declaração feita ao abrigo da subseção (4).

Prevista no artigo 33 da Carta de Direitos e Liberdades de 1982, a cláusula estabelece que não obstante a decisão judicial declaratória de inconstitucionalidade de uma lei, o Parlamento Federal ou os poderes legislativos provinciais (a depender da Casa que promulgou

¹²⁵ Atendendo a previsão contida na *Constitution Amendment Proclamation* de 1983.

¹²⁶ 33. (1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or section 7 to 15 of this Charter. (2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration. (3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration. (4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1). (5) Subsection (3) applies in respect of re-enactment made under subsection (4).

a lei) podem continuar a sua aplicação por até cinco anos, prorrogáveis por mais um quinquênio. (RUSSEL, 2007)

O poder político, pode, portanto, substituir uma decisão judicial declaratória de inconstitucionalidade de lei em um caso que seja sensível, ocasião na qual haverá debates sobre o tema/direito a fim de adequarem a legislação ou a norma à Carta canadense.

Não obstante a Cláusula ter sido originalmente prevista apenas na Constituição de 1982, é possível identificar na Carta de Direitos de Alberta (1972), na Carta de Direitos e Liberdades de Quebec (1975) e no Código de Direitos Humanos de Saskatchewan (1979)¹²⁷, alguns precedentes legislativos de “não obstante à Carta”.

A ideia mais concreta de uma cláusula legal “não obstante” ocorreu na Conferência Federal-Provincial dos Primeiros Ministros, realizada na capital Ottawa em setembro de 1980. Concomitantemente à Conferência, o governo de Quebec enviou para as demais províncias uma Proposta de Posição Comum das Províncias (*A Proposal for a Common Stand of the Provinces*). (JOHANSEN; ROSEN, 2008)

A proposta visava a consolidação de direitos fundamentais e tornar os direitos legais e não discriminatórios sujeitos à uma disposição “não obstante à Carta”. Tal proposta, no entanto, nunca foi aderida por todas as províncias, ocorrendo, inclusive, o distanciamento da própria província de Quebec. (JOHANSEN; ROSEN, 2008)

Apesar da divergência de opiniões acerca da proposta “não obstante”, as previsões iniciais foram vistas como uma tentativa de consenso entre os que eram contra e os a favor de uma Carta de Direitos fortificada.

Os debates continuaram em foco no ano seguinte à Conferência Federal-Provincial em Ottawa, havendo uma nova Conferência Federal-Provincial de Primeiros Ministros em setembro de 1981. Durante a Conferência, o Ministro da Justiça e os Procuradores Gerais de duas províncias canadenses acordaram o entrincheiramento da Carta de Direitos com a aplicação de uma cláusula “não obstante” às liberdades fundamentais, aos direitos legais e aos direitos de igualdade¹²⁸. Houve discordância quanto à extensão da cláusula às liberdades fundamentais a qual acabou superada mediante a fixação de prazo de cinco anos como

¹²⁷ Alberta, Quebec e Saskatchewan são três das dez províncias do Canadá. A previsão inicial de um dispositivo “não obstante” ocorreu em 1980, na província Saskatchewan, durante as deliberações da Comissão Continuada Federal-Provincial de Ministros em Matéria de Assuntos Constitucionais (*Federal-Provincial Continuing Committee of Ministers Responsible for Constitutional Affairs*).

¹²⁸ De acordo com o acordo fixado durante a Conferência, a cláusula “não obstante” poderia ser aplicada ao artigo 15 da Carta de Direitos que trata da igualdade de direitos e também ao artigo 28 que garante a igualdade entre homens e mulheres. Em virtude da pressão social, o governo federal e os provinciais limitaram a aplicação da cláusula, neste particular, apenas ao artigo 15 da Carta.

limitação para o “desrespeito” legislativo aos direitos previstos na Carta¹²⁹. (JOHANSEN; ROSEN, 2008)

Cabe ressaltar que os órgãos governamentais estão vinculados pela decisão judicial, mas lhes é conferido um lapso temporal para eventuais alterações e ajustes na legislação. Dessa forma, a Carta canadense conferiu ao juiz o poder de rejeitar a legislação conflitante com os direitos fundamentais, opção essa que é divergente da Grã-Bretanha, onde ao Judiciário é permitido apenas emitir comunicado de inconstitucionalidade ao Parlamento, o qual não está obrigado a manifestar-se de forma alguma.

Na hipótese constitucional canadense, além do prazo de até cinco anos (a depender do critério do Legislativo), há limitações materiais para a vigência da cláusula “não obstante”, tais como o direito de livre locomoção, de linguagem e de igualdade sexual.

A decisão judicial que declara a incompatibilidade de um dispositivo legal com a Carta de Direitos pode, portanto, ser inobservada pelo poder legislativo, caso invoque a utilização da “*notwithstanding clause*”. Ao término do prazo, de no máximo dez anos, a cláusula perde sua eficácia, fazendo valer a decisão judicial que declarou a inconstitucionalidade da lei e retirando, assim, o ato legislativo do ordenamento.

Roy McMurtry, Advogado-Geral de Ontario, expôs que

The fact is that the clause does provide a form of balancing mechanism between the legislators and the courts in the unlikely event of a decision of the courts that is clearly contrary to the public interest. On the other hand, political accountability is the best safeguard against any improper use of the “override clause” by any parliament in the future¹³⁰. (JOHANSEN; ROSEN, 2008)

O Primeiro Ministro na época, Jean Chrétien, asseverou que:

What the Premiers and Prime Minister agreed to is a safety valve which is unlikely ever to be used except in non-controversial circumstances by Parliament or legislatures to override certain sections of the Charter. The purpose of an override clause is to provide the flexibility that is required to ensure that legislatures rather than judges have the final say on important matters of public policy.

[...]

It is important to remember that the concept of an override clause is not new in Canada. Experience has demonstrated that such a clause is rarely used and when used it is usually not controversial.

¹²⁹ O acordo constitucional foi assinado no dia 05 de novembro de 1981 por todos os governos provinciais, exceto pelo governo de Quebec.

¹³⁰ O fato é que a cláusula fornece uma forma de mecanismo de equilíbrio entre os legisladores e os tribunais no caso improvável de uma decisão dos tribunais que seja claramente contrária ao interesse público. Por outro lado, a responsabilidade política é a melhor proteção contra qualquer uso indevido da “cláusula de substituição” por qualquer parlamento no futuro. (tradução nossa)

[...]

It is because of the history of the use of the override clause and because of the need for a safety valve to correct absurd situations without going through the difficulty of obtaining constitutional amendments that three leading civil libertarians have welcomed its inclusion in the Charter of Rights and Freedoms¹³¹. (JOHANSEN; ROSEN, 2008)

O canadense Paul C. Weiler, professor emérito de Harvard, aduziu que:

Since the Canadian polity had shown itself sufficiently enamoured of fundamental rights to enshrine them in its Constitution, invocation of the non obstante clause was guaranteed to produce a great deal of political flak. No government can risk taking such a step unless it is certain that there is widespread support for its position. [...]

[...] Canadian judges are given the initial authority to determine whether a particular law is a “reasonable limit [of a right] ... demonstrably justified in a free and democratic society”. Almost all of the time, the judicial view will prevail. However, Canadian legislatures were given the final say on those rare occasions where they disagree with the courts with sufficient conviction to take the political risk of challenging the symbolic force of the very popular Charter. That arrangement is justified if one believes, as I do, that on those exceptional occasions when the court has struck down a law as contravening the Charter and Parliament re-enacts it, confident of general public support for this action, it is more likely the legislators are right on the merits than were the judges¹³². (JOHANSEN; ROSEN, 2008)

As manifestações favoráveis¹³³ à previsão de uma cláusula que permita a mitigação de direitos constitucionais afirmam que a desconsideração da revisão da legislatura pelo Judiciário não gera uma ameaça considerável já que há a limitação de direitos passíveis de mitigação, além da restrição temporal de cinco anos para o uso da cláusula obstativa.

¹³¹ O que os Presidentes dos Conselhos e o Primeiro-Ministro concordaram é com uma válvula de segurança que é improvável que seja usada, exceto em circunstâncias não controversas pelo Parlamento ou pelos legisladores para substituir certas seções da Carta. O objetivo de uma cláusula de substituição é fornecer a flexibilidade necessária para garantir que os legisladores, em vez dos juízes, tenham a última palavra em assuntos importantes de política pública. [...] É importante lembrar que o conceito de uma cláusula de substituição não é novo no Canadá. A experiência demonstrou que tal cláusula é raramente usada e, quando usada, geralmente não é controversa. [...] É por causa da história do uso da cláusula de substituição e devido à necessidade de uma válvula de segurança para corrigir situações absurdas sem passar pela dificuldade de obter as emendas constitucionais de que três libertários civis líderes saudaram sua inclusão na Carta dos Direitos e Liberdades. (tradução nossa)

¹³² Uma vez que a política canadense mostrou-se suficientemente apaixonada por direitos fundamentais para consagrá-los em sua Constituição, a invocação da “cláusula não obstante” foi garantida para produzir uma grande quantidade de conflitos políticos. Nenhum governo pode arriscar-se a tomar tal passo, a menos que seja certo que existe um amplo apoio à sua posição. [...] Os juízes canadenses recebem a autoridade inicial para determinar se uma lei específica é um “limite razoável [de um direito] ... demonstradamente justificado em uma sociedade livre e democrática”. Quase todo o tempo a visão judicial prevalecerá. No entanto, as legislaturas canadenses receberam a palavra final nas raras ocasiões em que eles não concordam com os tribunais com suficiente convicção para assumir o risco político de desafiar a força simbólica da Carta muito popular. Esse arranjo é justificado, se alguém acredita, como eu, que, nessas ocasiões excepcionais, quando o tribunal derrubou uma lei como contravenção da Carta e do Parlamento, reencená-la, confiante do apoio público geral a esta ação, é mais provável que os legisladores tenham razão quanto ao mérito do que os juízes. (tradução nossa)

¹³³ Wayne MacKay, François Chevrette, Richard Hatfield, G.W.J. Mercier, Allan Blakeney, Roy McMurtry, Thomas Axworthy, Jean Chrétien, Gérard La Forest, Peter Hogg, Paul C. Weiler, Pierre Trudeau, dentre outros.

A cláusula causa, ainda, o esvaziamento das críticas sobre a carência de legitimidade do Judiciário ao fazer o controle de constitucionalidade da legislação, já que por meio de seu uso, o parlamento tem a possibilidade de desconsiderá-lo. A politização dos tribunais decai em grande parte ao permitir que o Legislativo substitua suas decisões.

A controvérsia acerca da escolha política dos ministros da Suprema Corte também é atenuada na medida em que a cláusula “não obstante” não confere supremacia judicial às decisões de juízes nomeados de acordo com tendências ideológicas convergentes com o governo de determinada época e que permanecem no cargo durante os governos sucessores.

Os críticos¹³⁴ da *notwithstanding clause* argumentam, por sua vez, que a possibilidade de desconsideração da decisão judicial é contrária ao fortalecimento dos direitos humanos e liberdades fundamentais. Assim, casos nos quais houver apoio popular para a utilização da cláusula como, por exemplo, quando a maioria concorda com ou é omissa quanto à mitigação de direitos de uma minoria, não podem ser considerados legítimos em um Estado democrático de direitos.

Outros pontos criticados que demandam atenção são a caracterização de uma hierarquia entre direitos ao submeter à cláusula apenas alguns direitos; a dificuldade de delimitar a liberdade remanescente no caso de mitigação de um direito de liberdade; a utilização da cláusula para restringir direitos que se encontram carentes de proteção; e a impotência do Judiciário para proteger os direitos passíveis de restrição pela cláusula.

Fato é que a necessidade de resolver conflitos gera um confronto também na esfera legislativa, na qual os representantes democráticos tentam chegar a um consenso na melhor forma de solução. Ocorre que nem sempre é fácil para o legislador identificar quais questões de direitos serão incorporadas numa proposta legislativa e tampouco prever quais questões poderão surgir com a aplicação da lei.

Nesse contexto, o controle de constitucionalidade é um mecanismo útil para possibilitar que os cidadãos levem as questões que surgirem ao conhecimento de todos. No caso de declaração judicial de inconstitucionalidade de uma norma, a cláusula “não obstante” foi instituída tão somente para situações excepcionais, nas quais haja a necessidade de preservar a base social por meio da superação da decisão judicial quando houver apoio popular para tanto.

¹³⁴ Clifford Lincoln, Herbert Marx, Morris Manning, Eugene Forsey, dentre outros.

A seção 33 da Carta Canadense de Direitos e Liberdades foi utilizada poucas vezes desde a sua criação. Suas primeiras invocações ocorreram pela província de Quebec em dois casos: *Ford versus Quebec* e *Devine versus Quebec*, ambos em 1988.

Quebec recorreu à *notwithstanding clause* após o Supremo Tribunal do Canadá proferir decisão entendendo que a proibição do uso de outras línguas sem ser a francesa pelos estabelecimentos comerciais era uma limitação razoável do direito fundamental à liberdade de expressão.

Durante o período de utilização da cláusula, o governo de Quebec alterou a lei sobre linguagem na província francesa para fazer constar que do lado externo das instalações deveria ser utilizada a língua francesa, conforme entendimento já adotado, todavia dentro dos estabelecimentos seria permitido o uso de sinais bilíngues. Tal decisão marcou a primeira vez que a substituição legislativa à uma decisão judicial foi utilizada, sendo seguida de um intenso debate, principalmente porque a questão dos direitos de línguas minoritárias é bastante sensível na província francesa. (JOHANSEN; ROSEN, 2008)

Após cinco anos de vigência da cláusula, a Assembleia Nacional de Quebec retornou à proibição de sinais de língua inglesa, alterando a lei para exigir que o francês fosse a língua predominante.

O terceiro uso da cláusula ocorreu na Lei de planejamento e desenvolvimento de terra de Yukon, aprovada em 1982, mas que nunca entrou em vigor. Sendo assim, dificilmente se qualifica como um exemplo. O estatuto prevê que as disposições relativas à nomeação de pessoas para serem membros do Conselho de Planejamento da Terra ou Comissões de ordenamento do território deveriam ser submetidas ao Conselho Indígena de Yukon, apesar do direito fundamental à igualdade. (JOHANSEN; ROSEN, 2008)

O quarto uso se deu pela província de Saskatchewan para proteger a legislação trabalhista favorável ao retorno ao emprego de uma prática (*back-to-work legislation*) que o Tribunal de Recurso de Saskatchewan já havia declarado não ser contrária à liberdade de associação. O Supremo Tribunal do Canadá, posteriormente, deu provimento ao recurso, mantendo a visão do governo provincial que a legislação *back-to-work* não violava a Carta Canadense de Direitos e Liberdades. (JOHANSEN; ROSEN, 2008)

O quinto uso foi pela Assembleia Legislativa de Alberta, no ano 2000, com relação à Lei de Casamento que definia o casamento como exclusivamente heterossexual. A *notwithstanding clause* foi invocada para substituir a Carta Canadense de Direitos e Liberdades. A Suprema Corte do Canadá, em decisão proferida em dezembro de 2004, reiterou que o governo federal tem competência exclusiva para decidir quem é elegível para

se casar no Canadá e, sendo assim, o parlamento provincial não teria competência para utilizar a cláusula “não obstante”.

Apesar da decisão, em julho de 2005, o parlamento federal aprovou a Lei do Casamento Civil que, pela primeira vez, codificou uma definição de casamento na lei canadense, expandindo a tradicional compreensão de ser o casamento uma instituição exclusivamente heterossexual e, definindo, a partir de então, o casamento como a união legal de duas pessoas. (JOHANSEN; ROSEN, 2008)

Após quase trinta e quatro anos de vigência da Carta de Direitos e Liberdades canadense, a cláusula foi utilizada apenas cinco vezes. O uso restrito da *notwithstanding clause* traduz a tendência canadense de busca pelo equilíbrio entre os poderes, certificando a não ocorrência de abusos em nenhuma de suas faces e evitando, dessa maneira, a supremacia judicial e a supremacia legislativa¹³⁵. (BRANCO, 2010)

A cláusula obstativa trazida pela Constituição Canadense é tida por alguns como um instrumento de diálogo entre os poderes, uma vez que o Parlamento pode fazer uso na *notwithstanding clause* e suspender a eficácia da decisão de inconstitucionalidade para alcançar os objetivos traçados quando da promulgação da lei, sejam eles econômicos ou sociais. (BRANCO, 2010)

Ademais, o legislador, ressalvadas as hipóteses já explicitadas, pode adequar a legislação dentro quinquênio em que a decisão não estará em vigor para que seja integralmente compatível com os direitos fundamentais. (SANTOS, 2013)

De acordo com o autor canadense Luc Tremblay, o papel contramajoritário da Corte é mitigado por essa abertura dada ao Legislador para manter a lei ou o dispositivo declarado inconstitucional. Doutra sorte, o papel contramajoritário é desempenhado na medida em que a decisão da Corte chama “a atenção da legislatura para valores fundamentais que tendem a ser ignorados ou minorados no curso do processo”. (BRANCO, 2010)

Jeremy Waldron, apesar de crítico do sistema forte de controle e defensor do controle brando de constitucionalidade das leis, tem se imposto contrariamente à cláusula prevista no direito canadense. Segundo ele, não há de se falar em superação da decisão judicial, mas tão somente em uma manifestação legislativa de desacordo sobre a inconstitucionalidade.

O controle judicial das leis do Canadá é alvo de controvérsias. Há entendimento de que o controle de constitucionalidade canadense é caracterizado como um controle fraco,

¹³⁵ Além do Canadá, Israel acrescentou um dispositivo semelhante à cláusula não obstante a uma de suas leis básicas em 1992. Este poder, no entanto, poderia ser usado somente em relação ao direito ao trabalho. Em Victoria, Austrália, a seção 31 da Carta dos Direitos Humanos cumpre um propósito similar.

afastando-se das críticas sobre a supremacia judicial. Contrariamente, há quem sustente que se trata de um controle judicial forte, na medida em que a possibilidade da utilização da cláusula “não obstante” pelo parlamento apenas permite uma mitigação de direitos por um lapso temporal determinado. Assim sendo, o controle de constitucionalidade canadense não poderia sequer ser considerado um controle suave, uma vez que ao final, ainda há prevalência da decisão judicial.

Divergências à parte, é nessa possibilidade de manifestação do poder legislativo que reside a facilitação para o diálogo institucional. O Judiciário não é detentor da última palavra e, portanto, não há supremacia, mas sim a resposta do parlamento à decisão judicial, podendo fazer valer a legislação por tempo determinado.

Há quem atente para o caso de um aparente diálogo institucional firmado, caracterizado, na verdade, por uma mitigação do direito fundamental posto em debate em cada caso. O controle de constitucionalidade deve ser imediatamente considerado por ser imparcial, já que realizado por uma face governamental estranha à edição e promulgação da legislação. Ademais, a previsão de ignorância da decisão judicial finda por inibir o próprio controle.

O uso da cláusula facilita a comunicação inter poderes, na medida em que reduz o jogo de poder pela autoridade e considera a possibilidade que excessos sejam cometidos não somente pelo Legislativo, mas também pelo Judiciário no *judicial review*. Dessa forma, a cláusula “não obstante” pode ser considerada uma tentativa de abertura de diálogo institucional.

De acordo com a explanação aqui realizada sobre diálogo, não há mecanismos que o caracterizem no sistema canadense, pois onde não há conversação, não há diálogo. Ainda que assim não fosse, em uma análise mais superficial sobre o que seria o diálogo e, admitindo provisoriamente, que o diálogo pudesse ocorrer pela superação da supremacia judicial, Sérgio Antônio Ferreira Victor aduz que de acordo com alguns pesquisadores o modelo canadense “não teve o condão de incentivar grandes participações do parlamento no processo de interpretação da Constituição”. (2015, p. 259)

A Constituição Canadense atual apenas instaura o modelo dialógico de jurisdição constitucional, de acordo com o qual deve ser traçada uma lógica de comunicação entre as faces governamentais estatais.

3.6 A (im)possibilidade de diálogo entre o Legislativo e o Judiciário brasileiros

3.6.1 A razão comunicativa habermasiana

Jurgen Habermas, filósofo e sociólogo alemão, afirma que o discurso filosófico da modernidade deve ser superado. Isso porque, para o autor, o paradigma da modernidade é a razão centrada no sujeito, uma razão subjetivista pautada única e exclusivamente no sujeito, fatos que não acompanham a complexidade social.

Sua proposta é de uma filosofia discursiva, pautada na comunicabilidade dos sujeitos e que tem a linguagem como mediadora. Para tal proposta, Habermas apresenta uma nova atitude frente à racionalidade: a ação orientada ao entendimento.

Em virtude do esgotamento do paradigma da filosofia da consciência faz-se necessária a passagem para o paradigma de entendimento recíproco, o que Habermas chama de outra via para sair da filosofia do sujeito.

Com base no paradigma do entendimento recíproco, Habermas desenvolveu o modelo da ação orientada pelo entendimento, no qual é fundamental a atitude performativa dos participantes da interação que coordenam seus planos de ação ao se entenderem entre si sobre algo no mundo. Essa interação é mediada pela linguagem que, por sua vez, considera a “posição extramundana do eu transcendental” (atitude objetivante adotada por um observador em face das entidades do mundo) e a “posição intramundana do eu empírico” (intersubjetividade produzida linguisticamente, através da reflexão efetuada desde a perspectiva do participante). (1993, p. 415)

No interior das sociedades modernas complexas há uma diferença entre dois níveis estruturais: o sistema, onde a ação é baseada em uma racionalidade de meio e fins (razão instrumental); e o mundo da vida, onde a ação é comunicativa, ou seja, envolve a interação entre as pessoas (racionalidade substantiva).

A linguagem funciona como mediadora do paradigma da razão comunicativa habermasiana, pois expõe a relação entre os sujeitos e o mundo da vida. Nesse campo tem-se a teoria dos atos de fala, através da qual buscar-se-á o sentido e a validade da comunicação estabelecida entre uma comunidade de sujeitos.

Os atos de fala, segundo Habermas, apresentam uma estrutura na qual três elementos são interligados: i) elemento proposicional: para expor ou mencionar estado de coisas; ii) elemento ilocucionário: para contrair relações interpessoais; e iii) componentes linguísticos: expressam intenções dos falantes. (1993)

A clarificação desses elementos gera consequências para: i) a teoria do significado; ii) os pressupostos ontológicos da teoria da comunicação; iii) o conceito de racionalidade; e iv) uma nova orientação da crítica da razão instrumental.

A teoria do significado parte do princípio de que entendemos uma proposição quando conhecemos as condições sob as quais é verdadeira. Para que isso seja possível, cada ato de fala pode ser contestado sob 3 aspectos de validade (esses aspectos são inseridos como pretensões de validade análogas a verdade): verdade do enunciado nela afirmado, justeza do ato de fala em relação ao contexto normativo (legitimidade do contexto pressuposto – justeza normativa) e veracidade/sinceridade da intenção do falante (adequação entre o que deseja dizer e o que diz – veracidade subjetiva). (1993)

Quanto aos pressupostos ontológicos da teoria da comunicação, as consequências são que para cada ato de fala, o falante refere-se a algo no mundo objetivo, subjetivo e social. Habermas cita que:

[...] os participantes extraem desse mundo da vida não apenas padrões consentidos de interpretação (saber de fundo do qual se nutrem os conteúdos proposicionais), mas também padrões de relações normativamente confiáveis (as solidariedades tacitamente pressupostas sobre as quais se apoiam os atos ilocucionários) e as competências adquiridas no processo de socialização (pano de fundo das intenções do falante). (1993, p. 94)

Por sua vez, o conceito de racionalidade é atingido na medida em que a razão centrada no sujeito, baseada na filosofia da consciência, dá lugar à razão comunicativa, baseada na concepção do saber como algo mediado pela comunicação.

Por último, as consequências também alcançam a crítica da razão instrumental. A razão instrumental não mais é suficiente para a compreensão do sistema social, dando lugar à uma razão substantiva pautada na ação comunicativa.

3.6.2 *Um diagnóstico inicial*

Da análise dos votos proferidos pelo STF no julgamento de omissões legislativas, e baseando-se no conceito e caracterização aqui citados, é possível verificar que há, entre os ministros da Corte, uma tendência ao diálogo. As leituras dos acórdãos revelam manifestações curtas, pedidos de vista, suspensões de julgamentos, julgamentos fracionados e momentos nos quais há uma somatória de diversos pensamentos que, em momentos de rara leveza dialogada, conformam a inteligência e o pensamento coletivo.

Em contrapartida, a abertura ao diálogo interno não é verificada no Congresso Nacional nem mesmo excepcionalmente. Identifica-se, em verdade, uma tendência natural ao

debate, a defesa de posições e interesses, a atuação de grupos de pressão. Ao querer abater a ideia do outro, embora uma das partes saia vencedora, a outra continua com o pensamento igual, com os mesmos pressupostos, em completo distanciamento da conversação dialógica.

O controle da omissão legislativa pelo Supremo Tribunal Federal provocou, nalgumas ocasiões, reações do órgão legiferante. Contudo, as proposições, fossem de leis ordinárias ou complementares, de emendas constitucionais ou de medida provisória, poucas vezes concluíram o processo legislativo e culminaram na aprovação da norma legal regulamentadora da omissão.

Daí surge a questão: em que medida as ações ou reações do CN às decisões do STF podem ser consideradas como um diálogo entre os poderes?

A teor dos pressupostos dialógicos aqui enunciados, a proposição de projetos ou a efetiva regulamentação do direito não significa que há ou houve diálogo inter poderes. Houve, no máximo, um debate buscando consenso.

As premissas do diálogo, em regra, não são observadas e sequer conhecidas pelos membros dos dois poderes. Podemos, de certeza e infortunadamente, dizer que não há diálogo interinstitucional.

Diante da crise que assola o país (e que não está separada do restante das nações), talvez seja momento oportuno para repensar as formas de conversações interinstitucionais, especialmente no caso do controle judicial da omissão legislativa, objeto dessa dissertação.

A despeito das dificuldades de introjetar a prática do diálogo, é preciso acreditar que é possível fazê-lo. O diálogo cria um contêiner seguro para desenvolver verdadeiramente a colaboração entre membros e líderes de instituições.

Ainda que seja a médio e longo prazo, pode-se indicar como linhas de orientação e ação a criação de grupos de diálogo no STF, no Senado e na Câmara, como forma de internalizar e praticar o diálogo. Adverte-se que a constância de propósito é essencial para que essa prática seja sustentável. Sendo assim, as reuniões devem ocorrer periodicamente e sob a orientação de um facilitador especialista em diálogo. A fase seguinte será a formação de um grupo de diálogo interinstitucional entre STF, Senado e Câmara e sua manutenção, com reuniões periódicas, também sob orientação de um facilitador especialista.

De início, os participantes não se sentem seguros para colocar a essência do que pensam e, em instituições como os Poderes aqui tratados, tal fato possivelmente será ainda mais evidente. A segurança obtida no diálogo não acontece nos primeiros encontros, mas também não demora tanto quanto se é comum pensar. A experiência com estudiosos do diálogo aponta que em apenas dois anos é possível colher frutos impensáveis advindos desse

processo de diálogo institucional, formado por grupos nos quais os participantes estão dispostos a praticar o ouvir sem agir, a suspender os pressupostos e encarar uns aos outros como colegas na verdadeira busca pelo conhecimento, pelo crescimento e nesse caso, pela harmonização dos Poderes visando o bem comum, o bem-estar social, o Estado de direito democrático e a supremacia constitucional.

CONCLUSÃO

A jurisdição constitucional tem assumido relevante posição na conjuntura jurídica e política, especialmente no que tange ao controle judicial da omissão legislativa. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 não se ajusta integralmente à separação de poderes de Montesquieu pois, não sendo o juiz mero “boca da lei”, conclui-se que houve apenas a adaptação do controle entre poderes previsto pelo filósofo francês.

Tanto o sistema constitucional quanto a inanição legislativa propiciam uma atividade judicante mais visível em temas estranhos às suas atividades, atuando dentro da máxima de sua competência constitucional de guardião da Carta da República. Com a concorrência dos poderes para a interpretação da Constituição, indaga-se qual é o espaço próprio do legislador que não pode ser invadido pela jurisdição constitucional.

Os novos anseios sociais também trazem mudanças em campos políticos, jurídicos e filosóficos. Segundo o dirigismo constitucional, coadunado por Canotilho, a Constituição deve ser considerada em sua plenitude, como uma coleção de tarefas e programas que devem ser cumpridos pelo Estado.

Afirmar que o poder judiciário deve apenas declarar a omissão do poder legiferante, torna-o um órgão meramente explanador de informações já sabidas por todos, inclusive pela própria coletividade e pelos indivíduos lesados que procuram socorrer-se do Judiciário.

A superação do paradigma cartesiano-newtoniano de compartimentalização da ação humana tem levado a uma nova consciência, a uma transdisciplinariedade que, conforme citou o escritor inglês Aldous Huxley, é a função do literato: construir pontes (do termo latino *pontifex*).

Assim, o todo deve ser considerado, o *Holos*, a totalidade. Uma abordagem holística (iniciada por Jan Smuts¹³⁶), o pensamento sistêmico ou a razão comunicativa de Jurgen Habermas criam as “pontes sobre todas as fronteiras”.

A ação do poder judiciário no controle da omissão legislativa busca concretizar a própria Constituição, garantindo que não ocorra prejuízo por omissão. Assim, ainda que provisoriamente, até que o poder legislativo aja conforme exigido constitucionalmente, os direitos fundamentais são, na prática, materializados.

¹³⁶ A primeira aparição do termo holismo ocorreu no livro de Jan Smuts, “*Jolism and Evolution*”, publicado em Londres, em 1926.

O Judiciário não é visto como centro autônomo de efetivação do direito, mas sim como um meio para aprimorar a sua tutela e efetivação, perpassando por uma visão holística da função do juiz no estado democrático de direito.

Este estudo não tem o condão de avaliar o mérito da atuação do Judiciário, positivo ou não, ilegítimo ou não. O que se pretende é uma análise das decisões judiciais, das ações legislativas e, principalmente, da possibilidade do estabelecimento real e efetivo do diálogo interinstitucional.

No entanto, é cediço a necessidade de repensarmos a dogmática institucional para adequá-la à prática, aos anseios sociais, a concretização, ainda que parcial, mas na maior medida possível, dos direitos assegurados pelo constituinte nas suas quatro bases: respeitar, proteger, promover e efetivar.

A atuação cooperativa entre os poderes implica no desenvolvimento de um diálogo institucional a ser adotado visando o bem-estar geral. Ocorre que para o diálogo seja real e proveitoso, a acepção do controle de constitucionalidade como mero instrumento processual deve ser substituída pela ideia de que o controle é parte do jogo democrático, devendo ser incentivadas tanto as deliberações internas entre os membros do Tribunal (como já ocorrem) quanto as deliberações externas, por meio do Diálogo entre os poderes, com “D” maiúsculo pois aqui tratado não como substantivo, mas como proposição de instrumento facilitador de comunicação interpoderes.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Traduzido por Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- APPIO, Eduardo. **Controle de Constitucionalidade no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2003.
- BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Releitura do Princípio da Separação de Poderes à Luz da Concretização dos Direitos Fundamentais: os fluídos limites contemporâneos entre as funções legislativa e jurisdicional**. Revista Jurídica, São Paulo: setembro, v. 58, n. 395, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- BAZÁN, Víctor. **Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales: recorrido por el derecho y la jurisprudência americanos e europeos**. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2014.
- BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e política: uma relação difícil**. In: *Lua Nova: revista de cultura e política*, n. 61. São Paulo: 2004. p. 5-24.
- BITTAR, Eduardo C. B.; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha (org.). **Direitos Humanos Fundamentais: Positvação e Concretização**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Experiências no Controle de Constitucionalidade – O Diálogo Institucional Canadense e a Constituição Brasileira de 1937**. DPU nº 31, Jan-Fev 2010. In: *Legislativo e Executivo no Controle de Constitucionalidade*. Disponível em: <http://www.direitopublico.idp.edu.br/direitopublico/article/view/800/1056> Acesso em: 13 jan. 2016.
- BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função – Novos estudos de Teoria do Direito**. Trad. Daniela Beccaria Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri, SP: Manole, 2007.
- _____. **Teoria da Norma Jurídica**. Bauru: Edipro, 2001.
- _____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10ed. Trad. Maria Celeste C. L. dos Santos. Brasília: EdUnB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

_____. **Política e Constituição: os caminhos da democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

CANADIAN CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS, part I of the constitution act, 1982. Disponível em: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const/page-15.html> Acesso em: 21 jan. 2016

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CAPRA, Fritjof. O ponto de mutação: a ciência, a sociedade e a cultura emergente. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix LTDA., 1982.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DE GIORGI, Raffaele. **Contingência e legitimação**. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: FGV Direito, 2010, vol. 254, p. 9-26.

DEPARTMENT OF JUSTICE OF CANADA. **Canada's System of Justice**. 1993. Disponível em: <http://www.justice.gc.ca/eng/cs-j-just/img/courten.pdf> Acesso em: 21 jan. 2016

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas do direito**. 5ed. São Paulo: 1999.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norteamericana**. Tradução de Marcelo Brandão Costa. Revisão técnica de Alberto Alonso Muñoz. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Uma questão de princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **O império do direito**. Trad. Jeferson Luiz Camargo. Revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ELLINOR, Linda; GERARD, GLENNA. **Diálogo: redescobrimo o poder de transformar da conversa**. Trad. Bazán Tecnologia Linguística. São Paulo: Futura, 1998.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 7 ed. Trad. João Baptista Machado. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência?** *In: Revista USP*, São Paulo: mar/abr/mai, 21 ed., 1994.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FREITAS, Wesley R. S.; JABBOUR, Charbel J. C.. **Utilizando estudo de caso(s) como estratégia de pesquisa qualitativa: boas práticas e sugestões**. *In: Estudo e Debate*, Lajeado: v. 18, n. 2, 2011.G

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Madrid: Alianza Editorial, 2000.

GLENDON, Mary Ann. **Rights Talk – The impoverishment of political discourse**. *In: New York: free Press*, 1991, p. 1-17.

GODOY, Miguel Gualano. **Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUANABARA; Ricardo; JORGE, Vladimyr Lombardo (Coord). **Curso de Ciência Política: grandes autores do pensamento político moderno e contemporâneo**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **Agir Comunicativo e razão destrancendentalizada**. Trad. Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **El discurso filosófico de la modernidad**. Trad. Manuel Jimenez Redondo. Madrid: Taurus, 1993.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 2 ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994

ISAACS, William. **Dialogue and the art of thinking together: a pioneering approach to communicating in business and in life**. New York: Doubleday, 1999.

JOHANSEN, DAVID. ROSEN, PHILIP. **The Notwithstanding Clause of the Charter**. Background Paper BP-194E – Parliamentary Research and Information Service. Ottawa, Canada. Revised 16 October 2008. Reviewed 17 May 2012. Disponível em: <http://lop.parl.gc.ca/content/lop/researchpublications/bp194-e.htm> Acesso em: 15 fev. 2016.

JORGE, Vladimyr Lombardo. In: FERREIRA, Lier Pires; GUANABARA; Ricardo; JORGE, Vladimyr Lombardo (Coord). **Curso de Ciência Política: grandes autores do pensamento político moderno e contemporâneo**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

JÚNIOR, André Puccinelli. **A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado Legislador**. São Paulo: Saraiva, 2007.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Controle judicial das omissões do poder público**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

KELSEN, Hans. **A Democracia**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____; **Jurisdição Constitucional**. Traduzido por Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

_____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KERLINGER, Fred N.. **Metodologia da Pesquisa em Ciências Sociais: um tratamento conceitual**. Trad. Helena Mendes Rotundo. Rev. Técnica José Roberto Malufe. São Paulo: EPU.

LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-Juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Régua e Compasso (ou Metodologia para um trabalho jurídico sensato)**. Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo. Escola de Direito – Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MENDES, Conrado Hubner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____; **Jurisdição Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva: 2014.

_____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (Org.). **Mandado de Injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRANDA, Jorge; DA SILVA, Jorge Pereira. **Constituição da República Portuguesa**. 3ª ed. Cascais: Principia, 2002.

MIRANDA, JORGE. **Jurisprudência Constitucional Escolhida**. Vol. III. 1ª ED. Lisboa: Universidade Católica, 1997.

_____. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo I. 6ª ed. Lisboa: Coimbra Editora, 1997.

_____. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II. 4ª ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2000.

_____. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo VI. 6ª ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2001.

MONSTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais: garantia suprema da Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAIS, Carlos Blanco de. As omissões legislativas e os efeitos jurídicos do Mandado de Injunção: um ângulo de visão português. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (Org.). **Mandado de Injunção: estudos sobre sua regulamentação**. São Paulo: Saraiva, 2013.

PAPA FRANCISCO. **Carta Encíclica Laudato Sí': sobre o cuidado da Casa Comum**. Brasília: CNBB, 2015.

PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. **O Controle Concreto de Constitucionalidade na Europa e na América do Norte: um estudo comparado.** In: *Direito, Estado e Sociedade*, n. 30 jan/jun 2007, p. 62-87.

_____. **Supremacia Judicial e Controle de Constitucionalidade.** In: *Legislativo e Executivo no Controle de Constitucionalidade*. DPU nº 31, jan-fev 2010, p. 25-57.

PISARELLO, Geraldo. **Del estado social legislativo al estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales.** *Isonomía*, Barcelona, p. 84, n. 15, out. 2001.

PULIDO, Carlos Bernal. **La Ponderación como Procedimiento para Interpretar los Derechos Fundamentales.** Disponível em:

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1650/5.pdf> . Acesso em: 28 fev. 2016.

QUEIRÓZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial – Sobre a Epistemologia da Construção Constitucional.** Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

QUINTAS, Fábio Lima. **O mandado de injunção perante o Supremo Tribunal Federal: a reserva de jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal para o suprimento das omissões legislativas inconstitucionais.** São Paulo: Saraiva, 2016.

RUSSEL, Peter H. **The notwithstanding clause: the charter's homage to parliamentary democracy.** In: *Policy Options*, fev. 2007, p. 65-68. Disponível em: <http://policyoptions.irpp.org/magazines/the-charter-25/the-notwithstanding-clause-the-charters-homage-to-parliamentary-democracy/> Acesso em: 24 fev. 2016.

SANTOS, Rodrigo Victor dos. **Cláusula do não obstante: uma alternativa ao modelo institucional vigente.** 2013. Disponível em: http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/09/2013_09_10285_10313.pdf Acesso em: 22 jan. 2016

SARMENTO, Daniel. **Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado.** *Revista Diálogo Jurídico*. Nº 16, maio/junho/junho/agosto 2007 – salvador, bahia

SENGE, Peter M. **A quinta disciplina: arte e prática da organização que aprende.** Trad. OP Traduções. São Paulo: Best Seller, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Kelly Susane Alflen da. **Hermenêutica Jurídica e Concretização Judicial**. Porto Alegre: Fabris, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso. **O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública**. In: Revista de Direito Administrativo. Vol. 250, p. 197-227, 2009.

SIMÃO, Calil. **Elementos do sistema do controle de constitucionalidade**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOBOTA, Katarina. **Don't Mention the Norm!** In: *International Journal for the Semiotics of Law*, IV/10, 1991, p. 45-60. Tradução de João Maurício Adeodato, publicada no Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife, nº 7. Recife: UFPE, 1996, p. 251-273.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – Uma exploração hermenêutica da exploração do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SUPREME COURT OF CANADA. **Creations and Beginnings of the Court**. Disponível em: <http://www.scc-csc.ca/court-cour/creation-eng.aspx> Date modified: 09 ago. 2012. Acesso em: 01 fev. 2016

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1996.

TUSHNET, Mark. **How different are the Core Cases for and Against Judicial Review?** In: *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, paper n. 09-04. Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=1320502>

_____. **Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights**. In: *Comparative Constitutional Law*. New Jersey: Princeton, 2008.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo Institucional e controle de constitucionalidade: debate entre o STF e o Congresso Nacional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Presidencialismo de Coalizão: exame do atual Sistema de governo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2015.

WALDRON, Jeremy. **The core of the case against judicial review**. In: *The Yale Law Journal*, n. 115, p. 1346-1406.

WEBLEY, Lisa. **Qualitative approaches to empirical legal research**. Oxford Handbook of Empirical Legal Research. Out. 2010.

WEIL, Pierre; TOMPAKOW, Roland. **O Corpo Fala: a linguagem silenciosa da comunicação não-verbal**. 51 ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

ZIPPELIUS, **Reinhold**. **Teoria Geral do Estado**. 3^a ed. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. Coord. J.J. Gomes Canotilho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian: 1997.

ANEXOS**ANEXO A**

AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO				
- Pesquisa nº 36740;				
- Total de decisões: 48;				
- Decisões catalogadas por ordem decrescente de julgamento.				
Nº	Julgamento	Publicação	ADO	Ministro (a) Relator (a)
1	26/11/2015	09/012/2015	22 ED/DF	Cármen Lúcia
2	22/04/2015	03/08/2015	22/DF	Cármen Lúcia
3	16/04/2015	03/08/2015	28/SP	Cármen Lúcia
4	11/02/2015	20/03/2015	6/PR	Ricardo Lewandowski
5	25/02/2010	16/04/2010	ADI 1698/DF	Cármen Lúcia
6	09/05/2007	06/09/2007	ADI 3682/MT	Gilmar Mendes
7	27/09/2006	16/03/2007	3303/DF	Carlos Britto
8	12/06/2002	09/08/2002	ADI 1830 QO/DF	Moreira Alves
9	02/05/2002	02/08/2002	ADI 2495/SC	Ilmar Galvão
10	19/03/2002	19/04/2002	ADI 2504/MG	Ilmar Galvão
11	18/03/2002	19/04/2002	ADI 2507/AL	Ilmar Galvão
12	18/03/2002	19/04/2002	ADI 2506/CE	Ilmar Galvão
13	18/03/2002	19/04/2002	ADI 2519/RR	Ilmar Galvão
14	19/12/2001	22/03/2002	ADI 2512/MT	Ilmar Galvão
15	19/12/2001	22/03/2002	ADI 2493/PR	Ilmar Galvão
16	19/12/2001	15/03/2002	ADI 2491/GO	Ilmar Galvão
17	19/12/2001	15/03/2002	ADI 2497/AC	Ilmar Galvão
18	19/12/2001	15/03/2002	ADI 2520/PI	Ilmar Galvão
19	19/12/2001	05/04/2002	ADI 2525/DF	Ilmar Galvão
20	19/12/2001	22/03/2002	ADI 2517/SE	Ilmar Galvão
21	19/12/2001	22/03/2002	ADI 2490/PE	Ilmar Galvão
22	19/12/2001	22/03/2002	ADI 2481/RS	Ilmar Galvão
23	19/12/2001	22/03/2002	ADI 2508/PA	Ilmar Galvão
24	19/12/2001	22/03/2002	ADI 2486/RJ	Ilmar Galvão

25	19/12/2001	22/03/2002	ADI 2510/AP	Ilmar Galvão
26	19/12/2001	22/03/2002	ADI 2492/SP	Ilmar Galvão
27	19/12/2001	22/03/2002	ADI 2518/RO	Ilmar Galvão
28	19/12/2001	15/03/2002	ADI 2516/AC	Ilmar Galvão
29	19/12/2001	15/03/2002	ADI 2509/AM	Ilmar Galvão
30	19/12/2001	15/03/2002	ADI 2496/MS	Ilmar Galvão
31	19/12/2001	15/03/2002	ADI 2503/MA	Ilmar Galvão
32	19/12/2001	15/03/2002	ADI 2524/TO	Ilmar Galvão
33	19/12/2001	15/03/2002	ADI 2498/ES	Ilmar Galvão
34	19/12/2001	15/03/2002	ADI 2511/PB	Ilmar Galvão
35	25/04/2001	29/06/2001	ADI 2061/DF	Ilmar Galvão
36	04/05/2000	09/06/2000	ADI 2162 QO/DF	Moreira Alves
37	18/06/1998	04/12/1998	ADI 1836 QO/SP	Moreira Alves
38	08/06/1998	04/06/1999	ADI 1810/DF	Moreira Alves
39	02/04/1998	18/05/2001	ADI 23/SP	Ilmar Galvão Acórdão: Moreira Alves
40	27/08/1997	06/02/1998	ADI 1600 MC/UF	Sydney Sanches
41	25/04/1996	08/11/1996	ADI 297/DF	Octavio Gallotti
42	06/03/1996	29/03/1996	ADI 1387 MC/DF	Carlos Velloso
43	05/10/1995	27/10/1995	ADI 877/DF	Ilmar Galvão
44	13/10/1994	25/11/1994	ADI 480/DF	Paulo Brossard
45	16/03/1994	22/04/1994	ADI 889/DF	Marco Aurélio
46	05/10/1990	26/10/1990	ADI 361 MC/DF	Marco Aurélio
47	09/08/1989	01/09/1989	ADI 23 QO/SP	Sydney Sanches
48	23/02/1989	14/04/1989	ADI 19/AL	Aldir Passarinho

ANEXO B

MANDADOS DE INJUNÇÃO				
- Pesquisa nº 36740;				
- Total de decisões: 415;				
- Decisões catalogadas por ordem decrescente de julgamento;				
- Segunda filtragem realizada: decisões principais no julgamento do MI e Questões de Ordem.				
- Total de decisões: 113 (os MI's analisados encontram-se destacados abaixo).				
Nº	Julgamento	Publicação	MI	Ministro (a) Relator (a)
1	17/03/2016	05/04/2016	5951 AgR/DF	Rosa Weber
2	17/03/2016	05/04/2016	5311 AgR-ED/DF	Cármem Lúcia
3	17/03/2016	05/04/2016	1542 ED/DF	Rosa Weber
4	17/03/2016	05/04/2016	1307 AgR/DF	Rosa Weber
5	17/03/2016	06/04/2016	6318 ED-AgR/DF	Edson Fachin
6	17/03/2016	23/05/2016	6508 AgR/DF	Rosa Weber
7	03/03/2016	16/03/2016	6574 ED-AgR/DF	Teori Zavascki
8	03/03/2016	16/03/2016	3704 AgR-ED/DF	Edson Fachin
9	03/03/2016	16/03/2016	2600 AgR-ED/DF	Roberto Barroso
10	03/03/2016	03/05/2016	1884 AgR-ED/DF	Roberto Barroso
11	18/12/2015	22/02/2016	1474 ED/DF	Edson Fachin
12	26/11/2015	10/12/2015	3920 AgR/RN	Edson Fachin
13	26/11/2015	10/12/2015	3471 ED/DF	Edson Fachin
14	25/11/2015	15/12/2015	1311 AgR-ED-ED/DF	Celso de Mello
15	25/11/2015	16/12/2015	5907 ED/DF	Roberto Barroso
16	22/10/2015	12/11/2015	6519 AgR/DF	Cármem Lúcia
17	22/10/2015	16/11/2015	685 ED/DF	Edson Fachin
18	07/10/2015	26/10/2015	6460 AgR-ED/DF	Roberto Barroso
19	07/10/2015	27/10/2015	1654 AgR/DF	Cármem Lúcia
20	07/10/2015	27/10/2015	1884 AgR/DF	Roberto Barroso
21	07/10/2015	27/10/2015	1629 AgR/DF	Edson Fachin
22	07/10/2015	27/10/2015	1757 AgR/DF	Roberto Barroso
23	07/10/2015	11/11/2015	5830 AgR/DF	Dias Toffoli
24	07/10/2015	11/11/2015	6464 AgR/DF	Dias Toffoli

25	02/09/2015	09/10/2015	4585 AgR-ED/DF	Gilmar Mendes
26	19/08/2015	08/09/2015	6419 ED/DF	Roberto Barroso
27	19/08/2015	17/09/2015	6326 AgR/DF	Luiz Fux
28	19/08/2015	17/09/2015	4398 AgR/DF	Luiz Fux
29	19/08/2015	02/10/2015	1311 AgR-ED/DF	Celso de Mello
30	19/08/2015	07/03/2016	1755 AgR-terceiro/DF	Celso de Mello
31	11/06/2015	30/09/2015	833/DF	Cármen Lúcia
32	11/06/2015	30/09/2015	844/DF	Roberto Barroso
33	28/05/2015	24/06/2015	6460 AgR/DF	Roberto Barroso
34	07/05/2015	29/05/2015	4384 ED-AgR-ED-ED/DF	Celso de Mello
35	19/03/2015	14/04/2015	4427 AgR-ED-AgR-ED- EDv-AgR-ED	Teori Zavascki
36	18/03/2015	15/04/2015	6272 AgR/DF	Dias Toffoli
37	26/02/2015	04/05/2015	5008 AgR/DF	Roberto Barroso
38	18/12/2014	25/02/2015	5731 ED/DF	Luiz Fux
39	11/12/2014	12/02/2015	3709 AgR/DF	Roberto Barroso
40	26/11/2014	16/12/2014	2752 AgR/DF	Roberto Barroso
41	19/11/2014	19/12/2014	5873 AgR-AgR/DF	Dias Toffoli
42	06/11/2014	28/11/2014	5312 ED-AgR/DF	Cármen Lúcia
43	06/11/2014	02/02/2015	1658 AgR-AgR/DF	Dias Toffoli
44	29/10/2014	20/11/2014	5470 AgR/DF	Celso de Mello
45	29/10/2014	20/11/2014	4625 AgR/DF	Roberto Barroso
46	16/10/2014	07/11/2014	4427 AgR-ED-AgR-ED- EDv-AgR	Teori Zavascki
47	09/10/2014	16/12/2014	6422 AgR/DF	Celso de Mello
48	09/10/2014	18/12/2014	679 AgR/DF	Celso de Mello
49	18/09/2014	13/10/2014	2077 AgR-ED/DF	Dias Toffoli
50	18/09/2014	26/11/2014	6338 ED/DF	Dias Toffoli
51	11/09/2014	03/10/2014	6384 ED/DF	Cármen Lúcia
52	11/09/2014	30/10/2014	3162 ED/DF	Cármen Lúcia
53	21/08/2014	11/09/2014	875 AgR-ED	Teori Zavascki
54	13/08/2014	16/09/2014	1874 AgR-ED/DF	Teori Zavascki
55	01/08/2014	19/08/2014	4503 AgR-ED/DF	Ricardo Lewandowski

56	01/08/2014	19/08/2014	6052 AgR/BA	Cármem Lúcia
57	01/08/2014	27/08/2014	2411 AgR/DF	Rosa Weber
58	01/08/2014	01/10/2014	3215 AgR-ED-AgR/DF	Celso de Mello
59	01/08/2014	06/10/2014	3085 ED/DF	Gilmar Mendes
60	01/08/2014	06/10/2014	4265 AgR-ED/DF	Gilmar Mendes
61	01/08/2014	07/10/2016	5062 AgR/DF	Gilmar Mendes
62	01/08/2014	07/10/2014	5065 AgR/DF	Dias Toffoli
63	01/08/2014	07/10/2014	4841 AgR-ED/DF	Dias Toffoli
64	01/08/2014	30/10/2014	1664 ED/DF	Celso de Mello
65	01/08/2014	30/10/2014	2994 AgR/DF	Gilmar Mendes
66	01/08/2014	30/10/2014	4243 AgR/DF	Gilmar Mendes
67	01/08/2014	30/10/2014	3322 AgR-ED-ED-AgR/DF	Celso de Mello
68	01/08/2014	30/10/2014	4579 AgR/DF	Ricardo Lewandowski
69	11/06/2014	22/08/2014	5017 AgR/DF	Celso de Mello
70	28/05/2014	01/07/2014	774 AgR/DF	Gilmar Mendes
71	28/05/2014	30/10/2014	4437 AgR/DF	Celso de Mello
72	22/05/2014	13/06/2014	1885 AgR/DF	Cármem Lúcia
73	22/05/2014	13/06/2014	2198 AgR-segundo/DF	Gilmar Mendes
74	22/05/2014	13/06/2014	6205 ED/DF	Cármem Lúcia
75	22/05/2014	13/06/2014	6113 AgR/DF	Cármem Lúcia
76	22/05/2014	18/06/2014	4976 AgR/DF	Gilmar Mendes
77	14/05/2014	04/06/2014	1011 AgR-segundo/SE	Ricardo Lewandowski
78	14/05/2014	06/06/2014	3650 AgR-segundo/DF	Teori Zavaski
79	30/04/2014	16/05/2014	4908 AgR/DF	Gilmar Mendes
80	30/04/2014	16/05/2014	4950 AgR/DF	Gilmar Mendes
81	30/04/2014	19/05/2014	6067 AgR/DF	Gilmar Mendes
82	30/04/2014	19/05/2014	1278 AgR/DF	Gilmar Mendes
83	30/04/2014	19/05/2014	1704 AgR/SC	Gilmar Mendes
84	30/04/2014	22/05/2014	6070 ED/DF	Rosa Weber
85	30/04/2014	22/05/2014	2504 AgR/DF	Gilmar Mendes
86	30/04/2014	02/06/2014	4265 AgR/DF	Gilmar Mendes
87	30/04/2014	01/08/2014	1553 ED/DF	Gilmar Mendes

88	10/04/2014	28/04/2014	5598 AgR/DF	Luiz Fux
89	10/04/2014	05/05/2014	806 AgR/DF	Gilmar Mendes
90	10/04/2014	12/05/2014	1957 ED/DF	Gilmar Mendes
91	10/04/2014	12/05/2014	974 ED-segundos	Gilmar Mendes
92	10/04/2014	12/05/2014	5471 AgR/DF	Rosa Weber
93	10/04/2014	12/05/2014	6196 AgR/DF	Teori Zavascki
94	10/04/2014	19/05/2014	5304 AgR/DF	Rosa Weber
95	10/04/2014	02/06/2014	5926 AgR/DF	Celso de Mello
96	10/04/2014	03/10/2016	5376 AgR/DF	Gilmar Mendes
97	19/03/2014	24/04/2014	1345 AgR/DF	Gilmar Mendes
98	27/02/2014	21/03/2014	3569 AgR/DF	Marco Aurélio
99	27/02/2014	21/03/2014	5408 AgR-ED/DF	Luiz Fux
100	27/02/2014	21/03/2014	5366 AgR/DF	Rosa Weber
101	27/02/2014	21/03/2014	2902 AgR/DF	Rosa Weber
102	27/02/2014	24/03/2014	2458 AgR/DF	Rosa Weber
103	27/02/2014	21/03/2014	4153 AgR-segundo-ED/MS	Luiz Fux
104	27/02/2014	29/04/2014	1987 ED/DF	Rosa Weber
105	27/02/2014	23/06/2014	943 ED/DF	Gilmar Mendes
106	18/12/2013	18/02/2014	4142 AgR/SE	Dias Toffoli
107	18/12/2013	18/02/2014	2266 AgR/DF	Roberto Barroso
108	18/12/2013	18/02/2014	744 AgR/DF	Luiz Fux
109	18/12/2013	18/02/2014	4873 AgR/DF	Ricardo Lewandowski
110	18/12/2013	18/02/2014	3732 AgR/DF	Rosa Weber
111	18/12/2013	18/02/2014	2275 ED/DF	Ricardo Lewandowski
112	18/12/2013	19/02/2014	1009 AgR-segundo/DF	Cármen Lúcia
113	18/12/2013	19/02/2014	4158 AgR-segundo/MT	Luiz Fux
114	18/12/2013	19/02/2014	4457 AgR/DF	Luiz Fux
115	18/12/2013	19/02/2014	4388 AgR-ED/DF	Luiz Fux
116	18/12/2013	19/02/2014	4899 AgR-segundo/DF	Luiz Fux
117	18/12/2013	19/02/2014	5279 AgR/DF	Luiz Fux
118	18/12/2013	21/02/2014	5880 AgR/DF	Ricardo Lewandowski
119	07/11/2013	02/12/2013	1872 AgR/DF	Cármen Lúcia

120	07/11/2013	02/12/2013	1328 AgR/DF	Ricardo Lewandowski
121	07/11/2013	03/12/2013	4503 AgR/DF	Ricardo Lewandowski
122	07/11/2013	03/12/2013	5328 AgR/DF	Cármem Lúcia
123	07/11/2013	03/12/2013	5332 AgR/DF	Cármem Lúcia
124	07/11/2013	05/12/2013	2071 AgR/DF	Dias Toffoli
125	07/11/2013	05/12/2013	2764 AgR/DF	Dias Toffoli
126	07/11/2013	05/12/2013	2074 ED/DF	Dias Toffoli
127	07/11/2013	12/02/2014	4366 ED/DF	Dias Toffoli
128	07/11/2013	12/02/2014	4588 ED/DF	Dias Toffoli
129	24/10/2013	14/11/2013	3788 AgR/DF	Luiz Fux
130	24/10/2013	14/11/2013	2227 AgR/DF	Ricardo Lewandoski
131	24/10/2013	18/11/2013	4460 ED/DF	Luiz Fux
132	24/10/2013	19/11/2013	5516 AgR/DF	Luiz Fux
133	24/10/2013	21/11/2013	1271 AgR/DF	Luiz Fux
134	17/10/2013	07/11/2013	930 AgR/DF	Teori Zavascki
135	17/10/2013	07/11/2013	2139 AgR/DF	Ricardo Lewandowski
136	17/10/2013	11/11/2013	4190 AgR/DF	Ricardo Lewandowski
137	17/10/2013	11/11/2013	5037 AgR/DF	Ricardo Lewandowski
138	17/10/2013	07/11/2013	3535 ED-segundos/DF	Ricardo Lewandowski
139	17/10/2013	11/11/2013	1267 AgR/DF	Ricardo Lewandowski
140	17/10/2013	14/11/2013	1541 ED-AgR/DF	Teori Zavascki
141	17/10/2013	14/11/2013	2406 AgR/DF	Teori Zavascki
142	17/10/2013	18/11/2013	3564 AgR/DF	Ricardo Levandowski
143	17/10/2013	18/11/2013	5432 AgR/DF	Teori Zavascki
144	17/10/2013	18/11/2013	5781 AgR/DF	Teori Zavascki
145	17/10/2013	18/11/2013	3349 ED-AgR/DF	Teori Zavascki
146	17/10/2013	19/11/2013	2220 AgR/DF	Marco Aurélio
147	17/10/2013	19/11/2013	5450 AgR/DF	Teori Zavascki
148	17/10/2013	25/11/2013	1715 AgR/DF	Ricardo Lewandowski
149	17/10/2013	29/11/2013	3002 AgR/DF	Ricardo Lewandowski
150	19/09/2013	11/10/2013	2247 AgR/DF	Luiz Fux
151	19/09/2013	11/10/2013	5162 AgR/DF	Luiz Fux
152	19/09/2013	11/10/2013	1304 AgR-ED/DF	Marco Aurélio

153	19/09/2013	14/10/2013	3895 AgR/DF	Luiz Fux
154	19/09/2013	23/10/2013	877 ED/DF	Dias Toffoli
155	19/09/2013	23/10/2013	1571 AgR/DF	Dias Toffoli
156	19/09/2013	23/10/2013	2068 ED/DF	Dias Toffoli
157	19/09/2013	23/10/2013	5088 ED/DF	Dias Toffoli
158	19/09/2013	23/10/2013	5392 ED/DF	Dias Toffoli
159	19/09/2013	23/10/2013	2283 AgR/DF	Dias Toffoli
160	19/09/2013	23/10/2013	2075 AgR/DF	Dias Toffoli
161	19/09/2013	24/10/2013	3983 AgR/SP	Dias Toffoli
162	19/09/2013	19/11/2013	3318 AgR/DF	Dias Toffoli
163	19/09/2013	11/03/2014	1007 AgR/SE	Dias Toffoli
164	19/06/2013	13/08/2013	1336 AgR/DF	Luiz Fux
165	19/06/2013	13/08/2013	2859 ED/DF	Rosa Weber
166	19/06/2013	13/08/2013	5700 AgR/DF	Teori Zavascki
167	19/06/2013	13/08/2013	5637 AgR/DF	Teori Zavascki
168	19/06/2013	14/08/2013	1391 AgR-AgR/DF	Luiz Fux
169	19/06/2013	15/08/2013	1039 AgR-ED/DF	Rosa Weber
170	19/06/2013	15/08/2013	2437 AgR/DF	Rosa Weber
*171	19/06/2013	13/02/2014	2693/DF	Teori Zavascki
172	29/05/2013	13/06/2013	897 ED/DF	Rosa Weber
173	29/05/2013	14/06/2013	2889 AgR/DF	Teori Zavascki
174	29/05/2013	14/06/2013	4771 AgR/DF	Teori Zavascki
175	29/05/2013	01/08/2013	1675 AgR/DF	Rosa Weber
176	29/05/2013	01/08/2013	1675 AgR-segundo/DF	Rosa Weber
177	29/05/2013	19/08/2013	1909 AgR/DF	Rosa Weber
178	29/05/2013	28/08/2013	4831 AgR/DF	Teori Zavascki
179	29/05/2013	29/08/2013	3876 ED-AgR/DF	Teori Zavascki
180	23/05/2013	26/06/2013	1481 AgR/DF	Rosa Weber
181	23/05/2013	01/08/2013	4345 AgR/DF	Dias Toffoli
182	23/05/2013	01/07/2013	986 AgR/DF	Rosa Weber
183	16/05/2013	31/05/2013	1008 AgR – segundo/DF	Teori Zavascki
184	16/05/2013	31/05/2013	1596 AgR/DF	Teori Zavascki
185	16/05/2013	31/05/2013	2407 AgR/DF	Teori Zavascki

186	16/05/2013	31/05/2013	4919 AgR/DF	Teori Zavascki
187	16/05/2013	04/06/2013	3081 AgR/DF	Teori Zavascki
188	16/05/2013	05/06/2013	2738 AgR-segundo/DF	Teori Zavascki
189	16/05/2013	25/06/2013	2133 ED/DF	Rosa Weber
190	08/05/2013	28/05/2013	3489 AgR/DF	Cármem Lúcia
191	08/05/2013	29/05/2013	4551 AgR/DF	Cármem Lúcia
192	24/04/2013	09/05/2013	2182 AgR/DF	Teori Zavascki
193	24/04/2013	20/05/2013	855 AgR/DF	Teori Zavascki
194	24/04/2013	20/05/2013	899 AgR/DF	Teori Zavascki
195	24/04/2013	20/05/2013	1517 AgR/DF	Teori Zavascki
196	24/04/2013	20/05/2013	2806 AgR/DF	Teori Zavascki
197	24/04/2013	24/05/2013	1320 AgR/DF	Teori Zavascki
198	24/04/2013	24/05/2013	1929 AgR/DF	Teori Zavascki
199	24/04/2013	24/05/2013	2590 AgR/DF	Teori Zavascki
200	24/04/2013	27/05/2013	1644 AgR/DF	Teori Zavascki
201	24/04/2013	29/05/2013	4643 AgR/DF	Teori Zavascki
202	24/04/2013	10/06/2013	3215 AgR-segundo/DF	Celso de Mello
203	24/04/2013	13/09/2013	5433 AgR/DF	Cármem Lúcia
204	06/03/2013	25/03/2013	3840 ED/DF	Ricardo Levandowski
205	06/03/2013	01/04/2013	4842 AgR/DF	Cármem Lúcia
206	06/03/2013	01/04/2013	5390 AgR/DF	Cármem Lúcia
207	06/03/2013	02/04/2013	4736 ED-ED/DF	Cármem Lúcia
208	06/03/2013	16/08/2013	1208 ED/DF	Ricardo Lewandowski
209	06/03/2013	01/08/2013	2123 AgR/DF	Marco Aurélio Acórdão: Dias Toffoli
210	06/03/2013	27/08/2013	2140 AgR/DF	Marco Aurélio Acórdão: Luiz Fux
211	06/02/2013	28/02/2013	5061 ED/DF	Cármem Lúcia
212	06/02/2013	14/03/2013	1841 AgR/DF	Celso de Mello
213	06/02/2013	02/05/2013	943/DF	Gilmar Mendes
214	06/02/2013	13/05/2013	743 ED/DF	Celso de Mello
215	31/10/2012	28/05/2013	1229 AgR/DF	Rosa Weber
216	31/10/2012	28/05/2013	1846 AgR/DF	Rosa Weber
217	13/06/2012	01/08/2012	4528 AgR/DF	Cármem Lúcia

218	13/06/2012	01/10/2012	1339 AgR/DF	Celso de Mello
219	13/06/2012	11/03/2013	829 ED-segundos/DF	Celso de Mello
220	16/05/2012	01/06/2012	1898 AgR/DF	Joaquim Barbosa
221	16/05/2012	08/06/2012	1545 AgR/DF	Joaquim Barbosa
222	16/05/2012	19/06/2012	1038 ED/DF	Gilmar Mendes
223	16/05/2012	01/08/2012	2213 ED/DF	Joaquim Barbosa
224	16/05/2012	18/10/2012	919 AgR/DF	Marco Aurélio
225	10/05/2012	30/05/2012	1011 AgR/SE	Ricardo Lewandowski
226	29/03/2012	23/04/2012	856 AgR-ED/SP	Celso de Mello
227	29/03/2012	23/04/2012	1656 AgR-ED/DF	Celso de Mello
228	29/02/2012	16/03/2012	1061 AgR-ED/DF	Ricardo Levandowski
229	15/12/2011	21/03/2012	2228 AgR/DF	Cármen Lúcia
230	07/12/2011	19/12/2011	1331 AgR/DF	Celso de Mello
231	07/12/2011	06/02/2012	3583 AgR/DF	Cármen Lúcia
232	30/11/2011	19/11/2011	2934 AgR/DF	Marco Aurélio
233	30/11/2011	01/02/2012	765 AgR/DF	Dias Toffoli
234	23/11/2011	06/12/2011	940 AgR/DF	Celso de Mello
235	23/11/2011	06/12/2011	2152 AgR/DF	Celso de Mello
236	17/11/2011	01/12/2011	2745 ED/DF	Ricardo Lewandowski
237	16/11/2011	01/12/2011	1231 AgR/DF	Ricardo Lewandowski
238	20/10/2011	21/11/2011	3881 AgR/DF	Cármen Lúcia
239	20/10/2011	05/12/2011	1967 AgR/DF	Celso de Mello
240	20/10/2011	06/12/2011	1656 AgR/DF	Celso de Mello
241	20/10/2011	07/12/2011	3322 AgR/DF	Celso de Mello
242	01/08/2011	22/08/2011	1169 AgR/DF	Cármen Lúcia
243	29/06/2011	08/08/2011	1583 AgR-ED/DF	Cármen Lúcia
244	09/06/2011	03/08/2011	3712 AgR/DF	Cármen Lúcia
245	09/06/2011	03/08/2011	3875 AgR/RS	Cármen Lúcia
246	19/05/2011	03/06/2011	3680 AgR/DF	Cármen Lúcia
247	19/05/2011	10/06/2011	1477 ED/DF	Cármen Lúcia
248	12/05/2011	25/05/2011	1194 ED/DF	Celso de Mello
248	12/05/2011	27/05/2011	1525 AgR-ED/DF	Cármen Lúcia
250	28/04/2011	13/05/2011	2518 AgR/DF	Cármen Lúcia

251	28/04/2011	16/05/2011	2924 ED/DF	Cármem Lúcia
252	28/04/2011	16/05/2011	3428 AgR/DF	Cármem Lúcia
253	24/03/2011	12/04/2011	1467 AgR/DF	Cármem Lúcia
254	24/03/2011	12/04/2011	1525 AgR/DF	Cármem Lúcia
255	24/03/2011	12/04/2011	2180 ED-ED/DF	Cármem Lúcia
256	24/03/2011	18/05/2011	1832 AgR/DF	Cármem Lúcia
257	02/03/2011	28/03/2011	1190 ED/DF	Gilmar Mendes
258	02/03/2011	28/03/2011	2286 AgR/DF	Cármem Lúcia
259	02/03/2011	13/05/2011	1463 AgR/DF	Cármem Lúcia
260	23/02/2011	18/03/2011	2195 AgR/DF	Cármem Lúcia
261	02/08/2010	03/09/2010	1083/DF	Marco Aurélio
262	16/06/2010	08/10/2013	598/PR	Cármem Lúcia
263	06/05/2010	28/05/2010	635 ED/DF	Eros Grau
264	08/04/2010	14/05/2010	758 ED/DF	Marco Aurélio
265	18/12/2009	19/02/2010	1286 ED/DF	Cármem Lúcia
266	21/10/2009	13/11/2009	766 AgR/DF	Joaquim Barbosa
267	15/04/2009	22/05/2009	795/DF	Cármem Lúcia
268	15/04/2009	08/05/2009	788/DF	Carlos Britto
269	14/08/2008	20/02/2009	856 AgR/SP	Celso de Mello
270	01/07/2008	26/09/2008	758/DF	Marco Aurélio
271	10/04/2008	23/05/2008	554 AgR/SP	Gilmar Mendes
272	10/03/2008	30/05/2008	742 ED/DF	Gilmar Mendes
273	21/11/2007	28/03/2008	624/MA	Menezes Direito
274	25/10/2007	31/10/2008	712/PA	Eros Grau
275	25/10/2007	31/10/2008	708/DF	Gilmar Mendes
276	25/10/2007	31/10/2008	670/ED	Maurício Corrêa Acórdão: Gilmar Mendes
277	24/10/2007	20/03/2009	772 AgR/RJ	Celso de Mello
278	15/10/2007	23/11/2007	712 QO/PA	Eros Grau
279	11/10/2007	09/11/2007	751 AgR/PA	Ricardo Lewandowski
280	30/08/2007	30/11/2007	721/DF	Marco Aurélio
281	10/05/2007	21/09/2007	725/RO	Gilmar Mendes
282	01/03/2007	20/04/2007	695/MA	Sepúlveda Pertence

283	07/06/2006	18/08/2006	689/PB	Eros Grau
284	31/05/2006	23/06/2006	698 AgR/DF	Ricardo Lewandowski
285	26/10/2005	25/11/2005	634 AgR/DF	Sepúlveda Pertence
286	04/08/2005	26/08/2005	646 AgR/DF	Sepúlveda Pertence
287	13/10/2004	19/08/2005	685/DF	Marco Aurélio Acórdão: Joaquim Barbosa
288	29/09/2004	04/02/2005	701/DF	Marco Aurélio
289	23/09/2004	12/11/2004	703/DF	Marco Aurélio
290	29/08/2004	04/02/2005	702/DF	Marco Aurélio
291	04/03/2004	30/04/2004	592 AgR/SP	Marco Aurélio
292	15/05/2003	27/06/2003	589/CE	Gilmar Mendes
293	26/03/2003	09/05/2003	600 AgR/BA	Carlos Velloso
294	26/03/2003	09/05/2003	590 AgR/RJ	Carlos Velloso
295	20/02/2003	20/06/2003	562/RS	Carlos Velloso Acórdão: Ellen Gracie
296	05/12/2002	07/02/2003	627 ED/SP	Gilmar Mendes
297	28/08/2002	28/02/2003	582/RJ	Sydney Sanches
298	21/08/2002	29/11/2002	611/SP	Sydney Sanches
299	19/08/2002	25/10/2002	628/RJ	Sydney Sanches
300	17/06/2002	25/10/2002	616/SP	Nelson Jobim
301	20/05/2002	14/06/2002	593/MG	Moreira Alves
302	15/05/2002	02/08/2002	585/TO	Ilmar Galvão
303	25/04/2002	23/08/2002	485/MT	Maurício Corrêa
304	24/04/2002	02/08/2002	545/RS	Ilmar Galvão
305	22/04/2002	21/06/2002	627/SP	Néri da Silveira
306	17/04/2002	28/06/2002	475/SP	Néri da Silveira Acórdão: Carlos Velloso
307	20/02/2002	05/04/2002	641 AgR/DF	Ilmar Galvão
308	29/11/2001	22/02/2002	584/SP	Moreira Alves
309	03/10/2001	31/10/2001	587/MT	Sepúlveda Pertence
310	03/10/2001	14/12/2001	588/MS	Carlos Velloso
311	03/10/2001	14/12/2001	278/MG	Carlos Velloso Acórdão: Ellen Gracie
312	30/08/2001	28/09/2001	605/RJ	Ilmar Galvão
313	29/08/2001	16/11/2001	621/MS	Maurício Corrêa

314	29/08/2001	28/06/2001	542/SP	Celso de Mello
315	29/06/2001	25/10/2002	635 QO/DF	Nelson Jobim
316	14/03/2001	18/06/2001	626/SP	Marco Aurélio
317	26/10/2000	24/05/2002	543/DF	Octavio Gallotti Acórdão: Nelson Jobim
318	01/06/2000	25/08/2000	608 QO/RJ	Sepúlveda Pertence
319	01/06/2000	22/09/2000	609 AgR/RJ	Octavio Gallotti
320	17/03/1999	23/04/1999	595 AgR/MA	Carlos Velloso
321	29/10/1998	26/02/1999	575 AgR/DF	Marco Aurélio
322	08/10/1998	20/11/1998	571 QO/SP	Sepúlveda Pertence
323	12/02/1998	25/10/2002	102/PE	Marco Aurélio Acórdão: Carlos Velloso
324	26/06/1997	06/02/1998	539/PR	Moreira Alves
325	05/06/1997	20/04/2001	506/MS	Néri da Silveira
326	26/05/1997	06/04/2001	507/SP	Néri da Silveira
327	24/04/1997	06/06/1997	516/SP	Moreira Alves
328	06/02/1997	04/04/1997	498/DF	Marco Aurélio
329	31/10/1996	21/02/1997	59 AgR/DF	Octavio Gallotti
330	16/11/1995	08/03/1996	311/SP	Octavio Gallotti
331	26/10/1995	25/05/2001	477/RJ	Néri da Silveira Acórdão: Moreira Alves
332	19/10/1995	16/02/1996	426/PR	Ilmar Galvão
333	18/10/1995	06/06/1997	468/PR	Néri da Silveira
334	06/09/1995	24/11/1995	462/MG	Moreira Alves
335	06/09/1995	02/03/2001	472/DF	Celso de Mello
336	26/05/1995	18/08/1995	430/DF	Marco Aurélio Acórdão: Maurício Corrêa
337	26/05/1995	04/08/1995	457/SP	Moreira Alves
338	15/02/1995	29/06/2001	470/RJ	Celso de Mello
339	16/11/1994	25/04/1997	424/PE	Néri da Silveira
340	11/11/1994	16/06/1995	438/GO	Néri da Silveira
341	07/10/1994	19/12/1994	73/DF	Moreira Alves
342	29/09/1994	04/11/1994	444 QO/MG	Sydney Sanches
343	05/09/1994	06/06/1997	448/RS	Marco Aurélio Acórdão: Moreira Alves
344	31/08/1994	23/09/1994	420/RJ	Marco Aurélio

345	18/08/1994	30/09/1994	403 AgR/PR	Ilmar Galvão
346	05/08/1994	23/09/1994	135/RJ	Carlos Velloso
347	19/05/1994	22/11/1996	20/DF	Celso de Mello
348	05/05/1994	01/07/1994	447/DF	Moreira Alves
349	08/04/1994	09/12/1994	323/DF	Moreira Alves
350	08/04/1994	17/06/1994	361/RJ	Néri da Silveira Acórdão: S. Pertence
351	25/03/1994	06/05/1994	414/SC	Néri da Silveira
352	10/11/1993	03/12/1993	274 AgR/DF	Marco Aurélio
353	10/11/1993	18/03/1994	263/DF	Celio Borja Acórdão: Carlos Velloso
354	10/11/1993	18/08/1995	211/DF	Octavio Gallotti Acórdão: Marco Aurélio
355	14/10/1993	04/02/1994	356/RJ	Carlos Velloso
356	05/08/1993	22/04/1994	384/RJ	Carlos Velloso Acórdão: Celso de Mello
357	24/06/1993	27/05/1994	388/SP	Néri da Silveira
358	17/06/1993	13/08/1993	304 AgR/DF	Moreira Alves
359	07/05/1993	08/04/1994	347/SC	Néri da Silveira
360	11/03/1993	07/05/1993	415 AgR/SP	Octavio Gallotti
361	05/02/1993	18/03/1994	316/DF	Néri da Silveira
362	22/11/1992	26/06/1992	284/DF	Marco Aurélio Acórdão: Celso de Mello
363	11/11/1992	02/04/1993	306/DF	Néri da Silveira
364	07/10/1992	18/06/1993	95/RR	Carlos Velloso Acórdão: S. Pertence
365	19/08/1992	26/02/1993	369/DF	Néri da Silveira Acórdão: Francisco Rezek
366	03/08/1992	28/05/1993	144/SP	Sepúlveda Pertence
367	29/06/1992	09/10/1992	322/DF	Néri da Silveira
368	27/05/1992	11/09/1992	395 QO/PR	Moreira Alves
369	09/04/1992	14/08/1992	176 QO/PE	Celso Borja Acórdão: Marco Aurélio
370	20/02/1992	23/03/2001	326 QO/DF	Celso Borja Acórdão: Ilmar Galvão
371	19/12/1991	15/05/1992	375 AgR/PR	Carlos Velloso
372	05/12/1991	21/02/1992	372 AgR/SP	Celso de Mello
373	28/11/1991	28/02/1992	296/DF	Néri da Silveira
374	06/11/1991	13/12/1991	345 AgR/SP	Octavio Gallotti

375	31/10/1991	06/12/1991	342 AgR/SP	Moreira Alves
376	31/10/1991	14/02/1992	323 AgR/DF	Moreira Alves
377	30/10/1991	28/02/1992	183/RS	Moreira Alves
378	05/09/1991	11/10/1991	292/DF	Octavio Gallotti
379	04/09/1991	12/12/1997	352 QO/RS	Néri da Silveira
380	09/08/1991	17/06/1994	335 AgR/DF	Celso de Mello
381	07/08/1991	02/10/1992	254 AgR/DF	Néri da Silveira
382	02/08/1991	27/03/1992	232/RJ	Moreira Alves
383	16/05/1991	07/06/1991	204/PR	Sydney Sanches
384	15/05/1991	31/03/1995	36/MA	Sydney Sanches
385	04/04/1991	19/02/1993	114/SP	Octavio Gallotti
386	20/03/1991	14/11/1991	283/DF	Sepúlveda Pertence
387	05/03/1991	22/03/1991	182/DF	Sydney Sanches
388	14/12/1990	19/04/1991	58/DF	Carlos Velloso Acórdão: Celso de Mello
389	21/11/1990	02/08/1991	107/DF	Moreira Alves
390	07/11/1990	07/12/1990	32/DF	Octavio Gallotti
391	31/10/1990	08/02/1991	241/DF	Moreira Alves
392	05/10/1990	09/11/1990	269/DF	Carlos Velloso
393	12/09/1990	28/09/1990	60 AgR/DF	Marco Aurélio
394	28/08/1990	14/09/1990	252 AgR/DF	Sepúlveda Pertence
395	22/08/1990	19/05/1995	219/DF	Octavio Gallotti
396	15/08/1990	14/09/1990	99/GO	Marco Aurélio
397	09/08/1990	31/08/1990	195 MC-AgR/DF	Carlos Velloso
398	02/08/1990	24/03/1996	79 AgR/DF	Octavio Gallotti
399	02/08/1990	08/02/1991	233/DF	Moreira Alves
400	11/06/1990	22/02/1991	188/RJ	Sepúlveda Pertence
401	17/05/1990	24/08/1990	111 AgR/RJ	Paulo Brossard
402	07/05/1990	08/06/1990	237 AgR/MG	Octavio Gallotti
403	20/04/1990	25/05/1990	81 AgR/DF	Celso de Mello
404	22/03/1990	06/04/1990	175 AgR/DF	Paulo Brossard
405	21/03/1990	20/04/1990	168/RS	Sepúlveda Pertence
406	21/03/1990	20/04/1990	152 AgR/DF	Celio Borja

407	14/03/1990	30/03/1990	153 AgR/DF	Paulo Brossard
408	21/02/1990	20/04/1990	157 QO/RS	Aldir Passarinho
409	21/02/1990	27/04/1990	197 MC/SP	Aldir Passarinho
410	15/02/1990	23/03/1990	44 AgR/DF	Moreira Alves
411	01/02/1990	23/03/1990	97 QO/MG	Sydney Sanches
412	23/11/1989	21/09/1990	107 QO/DF	Moreira Alves
413	05/10/1989	10/11/1989	158 QO/CE	Aldir Passarinho
414	27/04/1989	19/05/1989	110 QO/MT	Moreira Alves
415	15/03/1989	16/04/1989	74 QO/SP	Carlos Madeira